

THÈSE DE
NANCY.
1883
N^o. 3.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADEMIE DE NANCY.

THÈSES POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉES

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

DE LA

SUCCESSION AB INTESTAT

DROIT FRANÇAIS

LE CONTRAT DE MARIAGE

En Droit comparé et en Droit international

PAR

HENRI-EDMOND DÉGLIN

AVOCAT

NANCY

TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, 14, GRAND'RUE

—
1883

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY.

THÈSES POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉES

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

DE LA

SUCCESSION AB INTESTAT

DROIT FRANÇAIS

LE CONTRAT DE MARIAGE

En Droit comparé et en Droit international

PAR

HENRI-EDMOND DÉGLIN, avocat

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Lundi 25 juin 1883, à quatre heures du soir.

Président : M. A. LOMBARD, professeur,

<i>Suffragants</i> :	{	MM. BINET,	} professeurs.
		GARNIER,	
		CHAVEGRIN,	} agrégés.
		GAVET,	

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY

TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, 14, GRAND'RUE

—
1883

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

- MM. LEDERLIN, I , Doyen, Professeur de Droit romain (2^e chaire), autorisé à faire le cours de Pandectes et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
- JALABERT, , I , Doyen honoraire.
- LOMBARD (A.), I , Professeur de Droit commercial et Chargé du Cours de Droit des gens.
- LIÉGEAIS, I , Professeur de Droit administratif et Chargé du cours d'histoire du Droit romain et du Droit français.
- BLONDEL, A , Professeur de Code civil (2^e chaire), et Chargé du cours de Droit constitutionnel.
- BINET, A , Professeur de Code civil (3^e chaire), et Chargé du cours de Droit civil approfondi dans ses rapports avec l'Enregistrement.
- LOMBARD (P.), A , Professeur de Code civil (1^{re} chaire).
- GARNIER, A , Professeur d'Economie politique.
- MAY, Professeur de Droit romain (1^{re} chaire).
- CHAVEGRIN, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.
- GARDEIL, Agrégé, Chargé du cours de Droit criminel.
- BEAUCHET, Agrégé, Chargé du cours de Procédure civile.
- BOURCART, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit Romain (2^e chaire).
- GAVET, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.
- LACHASSE, I , Docteur en droit, secrétaire.
-

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat. Le visa n'est donné qu'au point de vue de la morale et de l'ordre public. (Statut du 9 avril 1825, art. 81.)

A LA MÉMOIRE DE MON ONCLE M. THIRIOT

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

DE LA

VOCATION HÉRÉDITAIRE

La LOI n'atteint son apogée de force
que là où les lois ont traversé les âges.
V. IHERING (*Esprit du Droit romain.*)

INTRODUCTION

Il n'est point, pour le jurisconsulte comme pour l'historien, de travail plus intéressant et plus instructif à la fois, que celui qui consiste à étudier les mœurs d'un peuple dans les lois et les institutions qu'il s'est données, à suivre ses progrès dans les modifications qu'il y a apportées. Une semblable étude est du domaine du droit aussi bien que de l'histoire, et, mieux que le récit des guerres et des révolutions, elle nous fait connaître la civilisation d'un pays et les phases par lesquelles elle a passé. Chaque progrès dans les mœurs est marqué par un changement dans les lois, changement qui ne saurait survivre à de nouveaux progrès. Un observateur attentif constatera toujours à côté d'une révolution sociale, l'existence d'une révolution législative, qui en

découle comme l'effet de la cause. Montesquieu l'a proclamé mainte fois, et plus récemment M. Amédée Thierry, dans un ouvrage (1) qui a eu un grand retentissement en France et à l'étranger, a développé cette thèse avec la précision et la concision qui caractérisent toutes ses œuvres. Nous citons les premières lignes du livre IV : « Où se décèle avec un surcroît d'évidence cette révolution dont nous retrouvons partout les vestiges, c'est dans l'histoire du droit romain ; nulle part son empreinte ne s'est conservée plus profonde et plus nette. On y suit de l'œil, comme une seconde révolution de coutumes, de lois, de doctrines, qui se déroule parallèlement à la première, qui en reflète les circonstances principales, qui en reproduit les variations successives. On l'y suit pas à pas, depuis la grossière organisation des sujets de Romulus jusqu'au jour, où, de transformations en transformations, ce droit local devenu une formule applicable à toutes les sociétés et, comme on l'a dit, la raison écrite nous annonce à son tour, par la voie de la science juridique, que la petite association des bords du Tibre est devenue aussi l'association universelle. »

S'il est sous ce rapport une législation curieuse à étudier, c'est assurément la législation romaine. Quel peuple, avant ou après le peuple romain, a eu cette fortune de pouvoir, treize siècles durant, perfectionner ses lois par un travail incessant, en polir la rudesse primitive et y introduire les principes de la Grèce, puis du christianisme, pour aboutir à cette œuvre législative de Justinien, qui a conquis le monde plus sûrement encore que les armées romaines ! On ne saurait écrire l'histoire du droit romain en négligeant l'histoire de ses conquêtes matérielles ou intellectuelles.

Au contact permanent des nations voisines, souvent plus poli-

(1) *Tableau de l'Empire romain depuis la fondation de Rome jusqu'à la fin du gouvernement impérial en Occident.*

cées qu'elle, Rome a perdu la rudesse de ses mœurs antiques, et le droit brutal des Quirites, transformé par l'équité et la justice, est devenu, comme le rappelle M. Amédée Thierry, digne d'être appelé la raison écrite.

Nous n'avons point l'intention de suivre le droit romain dans toutes les phases de son développement et de ses transformations successives. Il faudrait le génie d'un Montesquieu ou la science d'un Savigny. Dans un ouvrage récent, M. Von Ihering (2), professeur à Göttingue, a tenté, avec succès, de montrer ce travail d'enfantement de la législation romaine et, sans s'occuper des définitions et des dispositions pratiques, d'en rechercher les origines, les causes, l'esprit.

Nous nous proposons de rechercher ici quel a été le régime successoral admis par les Romains aux diverses époques de leur histoire. C'est là assurément un sujet fort vaste et souvent fort obscur, qui a fait le désespoir de bien des jurisconsultes et mérité notamment les imprécations du savant et patient Cujas.

Cette étude présente un vif intérêt, parce que chez tous les peuples le régime successoral est intimement lié au régime de la propriété et à l'organisation de la famille. A toute modification de l'un, répond un changement de l'autre. A une société aristocratique et féodale, il faut le droit d'aînesse et de masculinité, tandis qu'une société démocratique demande l'égale répartition des fortunes et des successions. Quelques auteurs, notamment M. Fustel de Coulanges (3), dans la *Cité antique*, pensent que le Droit romain ancien a consacré le droit d'aînesse seul capable de donner de l'unité et de la cohésion à une agrégation aussi nombreuse que l'était celle des *gentes* de Rome. Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, il est certain que l'organisation de la famille, avec son chef tout-puissant, fut dans le principe fon-

(2) *Der Geist des Römischen Rechts*, par R. Von Ihering, traduit par M. de Meulenaere. 1877.

(3) *Cité antique*, livre II, chap. 7, n° 6.

cièrement aristocratique. Puis, dans la suite, la conception de la famille s'élargit ; on y fit rentrer des individus, qui lui étaient jusque-là complètement étrangers, tandis qu'on en écartait d'autres, qui n'avaient leur place au foyer que par une sorte de fiction légale. Ce mouvement s'accrut surtout quand l'avènement des empereurs eut consacré le triomphe de la plèbe sur l'antique patriciat, et il aboutit au régime successoral organisé par la novelle CXVIII, et à la chute de la parenté purement civile faisant place à la parenté naturelle.

Voici, en somme, la question qui nous occupera dans le cours de ce travail : Quels sont à la mort d'un citoyen romain, ingénu, les divers individus appelés par la loi à lui succéder ? D'après la formule que nous venons de donner, il est facile de voir que nous écartons d'abord ce qui concerne l'hérédité testamantaire, que nous ne traiterons pas non plus la succession aux affranchis. D'autre part, nous n'étudierons que la vocation à l'hérédité et sa délation sans rien dire ni de l'acquisition, ni de ses délais, ni de ses effets. En un mot, nous ne nous occuperons que du régime successoral à Rome, abstraction faite de toute autre question.

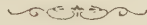
Une division s'impose à nous tout naturellement. Notre étude comprendra deux parties :

Dans une *première partie*, nous examinerons le système primitif consacré par la loi des XII Tables, et ensuite les modifications qu'y ont successivement apportées le droit prétorien et le droit impérial. Ces matières se rangeront en trois chapitres.

La *deuxième partie* sera spécialement consacrée au régime successoral établi par Justinien. Ce prince, faisant table rase de tous les systèmes précédents, élève sur leurs ruines un monument original et magnifique, qui a servi de modèle à toutes les législations postérieures.

Nous trouvons donc aux deux extrémités de notre carrière deux œuvres législatives dont la comparaison pourra donner lieu à des observations intéressantes.

PREMIÈRE PARTIE



PRINCIPES GÉNÉRAUX

Dans cette première partie, nous allons étudier les phases par lesquelles a passé le droit successoral avant Justinien et voir quel il a été sous l'empire de la loi des XII Tables, après les réformes prétoriennes, puis enfin sous les empereurs qui ont précédé Justinien.

Nous croyons toutefois qu'il est bon, avant d'entrer dans le fond même de notre sujet, de rappeler quelques-uns des principes généraux qui régissent la matière.

Quand un homme vient à mourir, il laisse après lui tout ce qui composait sa fortune, c'est-à-dire ses choses corporelles et incorporelles, ses droits, ses créances ; il laisse aussi ses dettes. Cet ensemble de choses et de droits, d'actif et de passif est appelé par les Romains du nom de *hereditas*. L'hérédité comprend donc tous les rapports juridiques dans lesquels le défunt était engagé, abstraction faite des objets auxquels ils pouvaient s'appliquer. C'est une entité abstraite, qui n'implique aucune idée de bénéfice, mais peut au contraire se résoudre en une perte sèche. C'est ce que le jurisconsulte Papinien nous dit en termes fort clairs dans la loi 50, pr. D. V., 3 :

« *Hereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet.* »

Il se peut que non-seulement le défunt ne laisse aucun actif,

mais même qu'il ne laisse qu'un passif considérable. Il n'y en aura pas moins une hérédité.

En ce sens : Pomponius (l. 119, D. L, 16) et Ulpien (l. 30 pr. et § 1, D. XXXVII, 1.)

L'hérédité, en tant que droit, est chose incorporelle et indivisible. Il se peut sans doute qu'il y ait plusieurs héritiers ; mais, alors, chaque cohéritier représente l'entière personnalité du défunt dans un rapport particulier du patrimoine. L'héritier *pro parte* est, lui aussi, un successeur à titre universel. On peut diviser les biens, mais non la personne et l'héritier, appelé à représenter le défunt dans un acte juridique quelconque, représente tous ses cohéritiers et la personnalité entière du *de cujus*.

« *Hereditas personæ defuncti vicem sustinet* » nous disent les textes. (L. 34, D. XLI, 1.)

Expliquer cette maxime juridique, c'est rechercher le caractère de l'hérédité. L'hérédité représente le défunt et continue sa personnalité. Cette fiction, dont nous n'avons ici à déterminer ni les motifs, ni les effets, avait été admise après de longues controverses qui ont laissé de nombreuses traces dans le Digeste (4).

Sous la condition d'une acquisition postérieure, elle empêchait l'hérédité de rester vacante et de perdre les avantages qu'eût réalisés le défunt, s'il avait vécu quelques jours encore.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte que l'hérédité a une existence juridique, légale, distincte de la personnalité de l'héritier. Certains jurisconsultes, en Allemagne surtout (5), lui ont refusé ce caractère, et ont substitué à la fiction légale consacrée par le temps et l'approbation de tant de jurisconsultes émi-

(4) L. 24, D. XLVI, 2. *Contra*, l. 34, XLI, 1.

(5) Voici cette théorie assez obscure : L'hérédité est un patrimoine ayant en lui-même son principe et sa fin. Elle se sépare absolument de la personne du *de cujus* comme de celle de l'héritier. Elle a un organisme propre qui lui permet d'exister seule et isolée. Ces auteurs en concluent qu'elle n'a pas besoin d'une personnalité juridique !

nents une autre fiction purement arbitraire, repoussée par les textes et les interprètes du droit romain.

On sait que le droit romain reconnaissait deux sortes d'hérités : l'hérédité déférée par un testament et l'hérédité déférée *ab intestat* ou succession légitime, suivant que le défunt a désigné lui-même son héritier, ou s'en est rapporté sur ce point à la désignation faite par la loi. La succession légitime n'est qu'une sorte d'hérédité testamentaire créée par la loi qui interprète en cela la volonté présumée du défunt (6). Notons ici que les Romains avaient une préférence très-marquée pour l'hérédité testamentaire et éprouvaient la plus grande répugnance à mourir *ab intestat*. Cette singularité se justifie par de nombreuses raisons. Il est clair d'abord que certaines raisons d'affection ou d'intérêt pouvaient pousser le père à modifier la répartition que la loi faisait de sa fortune. Mais il y a d'autres motifs plus graves, que M. Accarias (7) a très bien fait ressortir. Pour donner un tuteur à ses enfants mineurs, pour laisser un legs quelconque, pour affranchir un esclave, il fallait qu'il y eût un testament de fait, alors même que ce testament ne dût changer en rien l'ordre légal des successions. D'autre part, et ceci est très-important pour qui connaît le caractère religieux des Romains, l'héritier légitime pouvait céder *in iure* à un tiers l'hérédité qui lui était déférée par la loi et se décharger ainsi des *sacra privata* du défunt, tandis que l'héritier testamentaire non investi ne le pouvait pas ; ici le testament empêchait l'extinction du culte du *de cujus* et de ses ancêtres.

D'ailleurs, ce droit absolu de disposition reconnu au père sur son patrimoine ne devait pas aboutir toujours aux résultats

(6) Cette idée est vraie surtout dans le droit de Justinien. Elle trouve aussi son application dans le droit primitif, où le Romain était citoyen avant que d'être père et ne pouvait comprendre les droits et les devoirs de la famille autrement que le faisait la loi de son pays.

(7) Accarias ; Précis de droit romain, t. I, § 320.

fâcheux que la théorie en fait découler. L'esprit de famille, l'affection paternelle étaient autant d'obstacles à l'injustice et à l'abus. La liberté de disposer du patrimoine de la famille permettait au père de l'enlever à un fils dissipateur et dissolu pour le confier à un autre fils qui le conserverait et accroîtrait (8) en même temps le bien-être, l'honneur et le lustre de la famille.

Ajoutons de plus que, dans le principe, des formes protectrices et solennelles entouraient l'exercice de ce pouvoir absolu, et, qu'à mesure qu'elles disparurent, le droit du père de famille fut restreint par de nombreuses mesures.

Ce n'est donc qu'en l'absence de testament qu'il y a ouverture à la succession légitime. La première question qui se pose au seuil de cette étude est donc celle de savoir quand on peut dire qu'il n'y a pas de testament. Les Institutes y répondent :

Inst. III, 1, pr.

« *Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritum-ve factum est, aut nemo ex eo heres exitit.* »

En fait d'abord, le *de cujus* peut n'avoir pas fait de testament.

En droit, il n'y a pas de testament en plusieurs cas : 1° le testateur était incapable (9) ; 2° il est annulé comme fait irréguliè-

(8) Ihering. *Esprit du droit romain* : t. II, p. 142 de la traduction. On sait en quels termes la loi des XII Tables formulait ce droit qui n'eut d'équivalent chez aucun peuple, ni avant Rome, ni après : « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* » V. aussi Rivier : *Des successions à cause de mort*, § 4.

(9) Nous ne voulons pas nous étendre ici sur les conditions de capacité requises chez les testateurs ou chez les institués. Rappelons-les en quelques mots. Nul ne peut laisser une succession ab intestat s'il n'est citoyen romain et *sui juris*, sauf l'exception admise pour les pécules. — D'autre part nul ne peut être héritier, s'il n'est au moins conçu au jour où s'ouvre la succession, s'il n'est citoyen romain, s'il est exclu par une disposition de la loi.

rement, ou rescindé comme inofficieux ; 3° le testament étant valable dans le principe, il est inefficace à cause de l'incapacité (10) postérieure des institutés, ou par leur mort, ou par la défaillance de la condition apposée à leur vocation ; 4° l'agnation ou quasi-agnation d'un héritier sien vient rompre ses effets ; 5° l'institué repousse par une répudiation les bénéfices et avantages qu'il lui conférerait.

Ce n'est donc qu'à défaut de testament que l'hérédité est déférée *ab intestat*. Tant que l'incertitude existe sur ce point, on attend. En un mot, le testament est la règle, la succession *ab intestat* est l'exception ; l'expression elle-même de *successio ab intestato* prouve la vérité de notre dire, qui est encore confirmée par de nombreux textes.

Inst. III, 1, § 7. — III, 2, § 6.

La délation s'opère quand on est certain que le défunt n'aura pas d'héritiers testamentaires, soit parce que les institués sont incapables, morts ou renonçants, soit parce que la condition mise à leur institution est venue à défaillir. C'est alors seulement qu'on peut savoir quelle classe d'héritiers sera appelée et quelles personnes, dans cette classe même, bénéficieront de la vocation. C'est à ce moment qu'on se place, nous disent les textes, pour les appeler à l'hérédité.

« *Cum enim quæritur an quis suus heres existere potest : eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse.* »

L'application de ce principe pourra soulever quelques difficultés que nous devons examiner chemin faisant.

Ces idées générales exposées, nous pouvons entamer cette étude. Notre but n'est point d'entrer dans toutes les controverses longues et délicates, qui hérissent notre sujet. Nous nous proposons seulement d'esquisser le développement historique

(10) Voir la note ci-dessus.

du droit successoral à Rome, travail plus propre que tout autre à nous faire pénétrer dans le vif de la vie juridique des Romains, à nous montrer leur habileté à concilier les règles de l'équité naturelle avec les principes du droit civil strict. Partis d'un régime successoral purement politique, ils ont dû s'incliner devant les droits de la parenté et du sang. Ce ne fut point sans doute du jour au lendemain que se fit cette transformation. Elle mit près de dix siècles à s'accomplir. Il y eut des moments d'arrêt, quelquefois même de recul.

Mais comme toutes les œuvres qui vont contre les mœurs et le développement de la civilisation, ces mouvements de réaction durèrent peu, et le progrès reprit sa marche sûre et modérée. Ce qui frappe l'observateur attentif, c'est la régularité de ce travail de si longue haleine; et l'on est encore plus porté à l'admiration, si l'on songe quels en ont été les agents, ces prêteurs dont la magistrature ne durait qu'une année et dont on oubliait le nom au lendemain du jour où ils sortaient de charge. Profondément respectueux de la loi de l'ancienne Rome, ils la complétèrent en la confirmant et surent souvent, en respectant ses dispositions, corriger ses décisions, lorsqu'elles étaient en contradiction avec les mœurs du moment. La tradition consacra leur œuvre, et en admirant beaucoup le monument élevé par Justinien, on ne saurait proclamer trop haut la gloire de ces travailleurs silencieux et inconnus qui en posèrent les fondements inébranlables.

Leur œuvre avait été continuée par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien et par des constitutions impériales qui introduisirent de grandes améliorations dans notre matière. Mais il ne faut pas oublier que le préteur avait créé pour ainsi dire de toutes pièces un système successoral, qui tantôt prime le droit civil, tantôt s'applique concurremment avec lui ou seulement à son défaut.

CHAPITRE I^{er}

La Succession *ab intestat*

SELON LA LOI DES XII TABLES

Le fragment de la loi des XII Tables, qui se rapporte à cette question nous est parvenu dans son texte original :

Ulpien (frag. ex corp. Ulp.) XXVI, 1 :

« *Si intestatus moritur cui suus heres nec (escit), agnatus proximus familiam habeto.* »

Le § 2 (cap. 4, titulus XVI) de la *Collatio legum mos, et rom.* complète ce texte.

« *Si agnatus nec escit gentiles familiam habento.* »

Voilà, comme nous dit si bien M. Giraud (11), en style lapidaire, la législation originale de la République romaine en matière de succession légitime et en l'absence de testament du défunt. En l'absence d'héritier sien, la succession est déférée à l'agnat le plus proche et s'il n'y a pas d'agnat, le patrimoine passe aux *gentiles*. Telle est la forme, que, pendant plusieurs siècles, le droit successoral a revêtu à Rome.

(11) Ces quelques lignes ont été empruntées à une série d'articles malheureusement inachevée, dans lesquels M. Giraud nous faisait, à propos du livre de M. Rivier, l'histoire du droit successoral à Rome. Nous aurons souvent à recourir à ce travail aussi remarquable par la perfection du style que par la clarté et la profondeur des idées. — *Journal des Savants*, pages 684, 749, de l'année 1878.

C'est là, croyons-nous, et ce ne pouvait être que la consécration du droit coutumier en vigueur au moment où fut rédigée la loi des XII Tables. On a nié l'existence de ces coutumes en objectant qu'il y avait eu auparavant des codifications faites par Numa Pompilius et par Servius. Sans contester l'existence de ces œuvres législatives sur lesquelles l'histoire de ces temps presque mythologiques ne peut nous donner que des renseignements insignifiants, sinon erronés, il est certain qu'à l'époque où les Décemvirs furent nommés, il y avait des coutumes. C'est précisément l'incertitude, où l'on se trouvait sur leurs dispositions, qui fit donner à Appius Claudius la mission de rédiger le Code connu sous le nom de Loi des XII Tables.

En ce sens : Pomponius : loi 2, § 3, de O. J. (I, 2.)

On a prétendu, sur la foi de Tite-Live (III, 31, 33.) et d'autres auteurs d'une époque plus récente, que les Romains avaient envoyé trois ambassadeurs en Grèce pour y rechercher les meilleures lois à importer à Rome. L'exactitude du fait, acceptée par M. Mommsen, mise en doute par M. Duruy (12), étant niée par Vico, Gibbon et Niehbur, il est difficile, devant le désaccord de tels historiens, de se prononcer en histoire pure sur la question. Le silence des auteurs grecs sur la prétendue ambassade affermit le doute dans notre esprit. Enfin, la comparaison du droit grec et du droit romain en cette matière nous porte à croire que si les trois commissaires ont vraiment fait le voyage de Grèce, ils n'en ont rien rapporté. On reconnaît que le droit romain est essentiellement différent du droit grec, dans la matière qui nous occupe (13). Nous pouvons dire, les pages sui-

(12) Mommsen : *Histoire romaine*, Tome II, page 50 de la trad. Alexandre. — Duruy : *Histoire des Romains*, Tome II, page 201 (éd. 1877 et années suivantes). — Maynz, I, p. 78.

(13) Remarquons que la date de l'expulsion des Décemvirs concorde avec celle où Athènes, partout triomphante, portait Périclès au pouvoir. A cette époque, son droit devait être à peu près entièrement établi. (An 449 av. J.-C.)

vantes l'établiront, qu'à Rome tout droit successoral résulte du lien de puissance existant entre le défunt et son successible ; là, où ce lien ne se retrouve pas ou bien a été rompu avant la mort du *de cujus*, il n'y a pas de délation successorale. Que voyons-nous au contraire à Athènes, si nous nous en rapportons à M. Caillemet (14)? Le droit grec tient sans doute compte de la parenté par les mâles ; mais il admet une sorte de parentèle (15), la vocation de la mère et des collatéraux maternels à défaut de parents paternels, toutes choses dont nous ne trouvons aucune trace en droit romain. C'est qu'en effet le droit des XII Tables est bien un droit essentiellement national et aucune législation étrangère n'a influé sur sa formation. C'est ce dont nous allons nous convaincre, en rappelant en quelques mots l'organisation de la famille et la constitution de la propriété, qui sont les deux bases du droit successoral d'un peuple.

On commettrait une grave erreur, si l'on appliquait aux sociétés anciennes l'idée que nous nous faisons de l'Etat et de ses rapports avec les simples individus. Dans l'antiquité, l'Etat n'est qu'une association de familles dont les chefs se sont constitués en royauté ou en république. « La famille, nous dit M. Ihering (16), est aujourd'hui un rapport de droit privé pur, sans aucune importance politique immédiate, elle n'a même rapport au droit que dans ses deux relations les plus étroites : la paternité et le mariage ; le lien fraternel n'est déjà plus un rapport juridique. Au-delà de ces deux sphères, le droit laisse la famille à elle-même, à sa propre force morale : à l'amour. Mais l'expérience enseigne que cette force s'affaiblit à mesure que la

(14) E. Caillemet : *Le droit de succession légitime à Athènes*, pages 10, 61, 80, 120. (Thorin, 1879.)

(15) Nous entendons par là la vocation en une seule classe à plusieurs degrés du père, des ascendants paternels et descendants d'eux avant et à l'exclusion d'une autre classe comprenant la mère et ses collatéraux.

(16) Ihering, op. cit., t. I, p. 180, et Giraud, op. cit., page 688.

famille s'élargit. L'amour recherche toujours les liens étroits, il ne peut embrasser tout l'arbre de sa famille. »

Dans le droit primitif, la seule, la véritable unité, c'est la famille, à qui la loi ou la coutume vient donner cette force de cohésion qui diminue à mesure qu'elle s'étend. C'est un axiome que l'organisation extérieure et juridique de la famille est en raison inverse de celle de l'Etat et dans le cours des temps, comme dit notre auteur, la famille constituée sur le principe de l'Etat se transforme en un Etat constitué sur le principe de la famille.

La coordination des familles forme l'Etat, la subordination de l'individu à l'autorité ne se retrouve que dans la famille. A la tête de celle-ci se trouvait un chef absolu, le *paterfamilias*, ayant sur les membres de sa famille un pouvoir absolu de vie et de mort, puis de vente seulement. Les individualités soumises à sa puissance s'absorbaient complètement en lui. C'est pour lui qu'ils acquéraient, c'est lui qui poursuivait la réparation des offenses qui leur avaient été faites. Toute la famille se résumait en un seul individu, le *pater*, muni de la *patria potestas*. Il exerçait la *potestas* sur les enfants que le mariage ou l'adoption lui donnait, comme il cessait aussi d'avoir tout rapport juridique avec les enfants que l'émancipation, la *datio in adoptionem* et la *manus* y soustrayaient. La *potestas* était donc la source et la fin de tout droit, de toute relation entre le père et les enfants, elle formait le véritable lien de famille plutôt que la parenté naturelle. Elle seule réglait donc la délation de l'hérédité, et, en dehors d'elle, il n'existait aucun droit successoral. C'est ainsi que, malgré leur étroite parenté, le fils émancipé ne succédait pas à son père, ni celui-ci à ce fils, sorti de sa puissance.

Les *sui*, les agnats, les *gentiles* ne sont que des degrés de plus en plus larges de la famille romaine telle qu'elle était établie par le droit civil primitif.

Le droit du *pater* sur le patrimoine était au premier abord aussi absolu. Toutefois, les jurisconsultes ont déclaré qu'il en était le

dépositaire plutôt que le maître et seigneur. Les enfants légitimes étaient considérés comme copropriétaires.

Paul, l. 11, D. XXVIII, 2.

« *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.* »

Et le jurisconsulte ajoute que le *filius familias* ne diffère du *pater* que par le nom qui marque un rang différent dans la famille. L'enfant *in potestate* ne succédait pas en somme à son père au sens propre du mot. Il recouvrait *liberam administrationem* le libre exercice d'un droit acquis par lui du fait seul de sa naissance.

M. Maynz combat vivement cette opinion (17) et nous oppose le droit qu'avait le père d'émanciper son enfant, le donner en adoption et de l'exhérer. Mais nous répondrons avec M. Giraud que le préteur intervenait dans l'émancipation et l'adoption et pouvait leur refuser son *imperium* si elles se résolvaient en un préjudice, en une confiscation pure et simple pour l'enfant. Quant au testament, on sait que dans le principe, les comices délibéraient sur l'institution et, par conséquent, sur l'exhérédation, et que, dans la suite, le grand tribunal des centumvirs fut appelé à juger le testament lui-même. Il y avait là des garanties suffisantes pour les intérêts des enfants.

La famille reposait donc uniquement sur les droits et les devoirs nés de la *potestas*. Le caractère religieux reconnu au *pater* venait encore augmenter son pouvoir. Il était le chef et le pontife du culte privé de la race ; il offrait les sacrifices aux ancêtres au nom de leurs descendants, dont il est le représentant naturel. Ce caractère sacerdotal, si respectable aux yeux des Romains, fortifiait encore la puissante organisation donnée par

(17) Magny, *Cours de Droit romain*, t. III, page 203.

la loi à la famille. Mais nous ne croyons pas qu'à lui seul, il put expliquer son unité si absolue. On l'a cependant soutenu, et M. Fustel de Coulanges a présenté à l'appui de cette thèse des arguments très-puissants dans son bel ouvrage de la *Cité antique*. Malgré les raisons qu'il donne pour prouver la prééminence du caractère religieux sur le caractère politique, nous ne saurions nous ranger à cette opinion, et nous pensons que le lien religieux n'existait qu'entre ceux que la loi civile avait unis. Nous ne faisons en cela que suivre l'avis des plus savants romainistes (18).

L'organisation de la famille n'est pas le seul élément qu'on doive prendre en considération, lorsqu'on étudie le régime successoral d'un peuple. Encore faut-il savoir comment il concevait la propriété. Or, le peuple romain lui attribuait un caractère essentiellement politique. La propriété privée était une émanation de la propriété publique. L'Etat avait partagé entre les tribus puis entre les citoyens le territoire conquis par l'effort commun des Romains ; mais ce n'était qu'une concession de la jouissance, l'Etat gardait le domaine éminent. C'était le *pater* qui administrait ce patrimoine pour la famille, de même qu'il la représentait au Sénat. Fondée sur le principe aristocratique, la société romaine devait nécessairement repousser le morcellement des terres qui eût entraîné sa ruine. Son but était donc de maintenir les biens dans la famille, de les donner à ceux qui n'étaient pas sortis de la puissance du père, à ceux qui conservaient le nom de leurs ancêtres. Sans le dire aussi catégoriquement que nos anciennes coutumes féodales, et sans tirer de cette idée ses conséquences rigoureuses et logiques, le droit romain atteignait ce résultat par des moyens indirects. D'abord il n'appelait en

(18) Accarias : *Précis de Droit romain*, II, § 419. — Rivier : *Successions*, § 22. — Ihering, t. II, page 178 et ss. — Fustel de Coulanges : *Cité antique*, livre II, chap. 1^{er}.

dehors des enfants que les parents par les mâles, les agnats. Même parmi les enfants, on n'appelait, nous le savons, que ceux qui étaient restés en puissance. De plus, les filles étaient dans l'impuissance presque absolue de faire, contre le gré de leurs parents paternels, sortir les biens de la famille. Une fois, en effet, qu'après la mort du *pater* sa fille avait reçu sa part de succession, elle ne pouvait faire sans l'autorisation de ses agnats aucun acte d'aliénation. Elle était dans une étroite tutelle lui enlevant toute capacité. D'abord le testament lui était formellement interdit.

G., I, § 115 *a*.

Elle ne pouvait non plus, sans le consentement de son tuteur, faire les conventions pécuniaires, qui accompagnent ordinairement le mariage, que le mariage eût lieu avec ou sans *manus*. Ceci est d'autant plus remarquable que la femme pouvait se marier seule (19). Enfin les contrats solennels et l'aliénation des *res Mancipi* étaient interdits à la femme agissant *sine auctoritate tutoris*.

Ulpien, XI, § 27.

G., I, § 192 ; II, §§ 47, 80, 85.

Fragm. Vatic., § 45.

Si la femme avait été mariée du vivant de son père, il fallait distinguer. Si c'est avec *conventio in manum*, elle passe dans la famille de son mari, perd toute relation avec sa famille naturelle et par conséquent n'y conserve plus aucun droit successif. Si c'est sans *manus*, elle reçoit une part héréditaire, mais ne peut la transmettre à ses propres enfants : à sa mort, ses biens

(19) M. Gide, dans son *Etude sur la condition privée de la femme* (L. I, chap. 4, § 2), a très bien fait ressortir cette incapacité où se trouve la femme d'aliéner ses biens paternels, et clairement prouvé que la tutelle des agnats était conçue uniquement dans leur intérêt et non dans celui de leur pupille. Cette protection ne leur était accordée que dans le but tout politique que nous indiquons au texte.

reviendront aux agnats de son père, si elle ne s'est pas mariée ou l'a fait sans *manus* ; si elle est tombée *in manum*, sa fortune ira à son mari ou aux agnats de celui-ci, résultat autorisé d'avance par le père ou les anciens agnats de la femme.

En résumé, concentration et maintien des biens dans la famille, tel était le but clairement poursuivi par la législation romaine (20). Ce résultat avait frappé Montesquieu, et, étendant à toutes les lois primitives les principes qu'il avait vu appliquer en droit romain, il proclame que l'ordre des successions dépend des principes du droit politique ou civil et non pas des principes du droit naturel (21). Pour lui, le père ne doit à l'enfant d'après la loi naturelle que des aliments et non sa succession. Celle-ci ne peut lui être attribuée que par une disposition arbitraire de la loi. C'est là, croyons-nous, un faux point de départ ; mais la vérité historique, établie par Montesquieu, n'en reste pas moins acquise à la science. Oui, à l'origine, le droit successoral d'un peuple est fondé sur le principe politique et dérive de son organisation sociale. Mais plus tard le droit naturel reprend peu à peu son empire et l'on appelle à la succession non plus la famille civile, mais la famille naturelle. C'est surtout en droit romain qu'on peut étudier cette évolution. Nous allons le faire en traitant successivement :

SECTION I. — *Des Sui.*

SECTION II. — *Des Agnats.*

SECTION III. — *Des Gentils.*

(20) N'est-ce pas en vertu de cette idée qu'on interdisait seulement les personnes qui dissipaient les biens reçus *ab intestat* de leurs ancêtres ?

(21) Montesquieu, *Esprit des Lois*, livre XXVI, chap. 6.

SECTION I

Des Sui

La loi des XII Tables appelle en première ligne les *heredes sui*.

Inst., III, 1, § 1.

« *Intestorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent.* »

G., III, § 1.

Ce sont là les héritiers du premier rang, que la loi des XII Tables n'appelle pas, il est vrai, par une disposition spéciale ; elle ne s'occupe que de régler le sort de la succession pour le cas où il n'y aurait pas d'héritiers siens, tant leur vocation semble naturelle. Nous avons vu, quelques pages auparavant, que ces personnes, désignées sous le nom de *sui*, ne sont pas à proprement parler des héritiers. Ce sont des copropriétaires privés temporairement du droit d'administrer, droit remis entre les mains du père durant sa vie. Il n'y a pas de changement, pas de vacance, ils sont héritiers d'eux-mêmes : *heredes sui* (22).

L. 11, D. XXVIII, 2.

Quelles personnes rentrent dans cette classe ? C'est ce qu'il nous faut rechercher maintenant.

Sont appelés, comme *sui* à la succession du *pater*, tous ceux qui, issus ou non de lui, se trouvaient à titre de descendants sous sa puissance immédiate. Ulpien les énumère :

Ex corp, Ulp. XXII, 14.

« *Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus tam naturales quam adoptivi, item uxor quæ in manu*

(22) Les héritiers viennent donc *jure potestatis* et non *jure hereditario*. C'est là l'explication la plus communément reçue. Quelques auteurs traduisent *suus* par naturel.

est, et nurus, quæ in manu est filii, quem in potestate habemus. »

Cette puissance paternelle a donc trois sources : la génération, l'adoption, et enfin la *conventio in manum*. Cela comprend :

1° Les enfants issus du *de cujus* restés en puissance. Dans le droit primitif et rigoureux, on n'admit sans doute que les enfants du premier degré. Mais de bonne heure, la jurisprudence appela aussi les descendants *per masculos* des degrés subséquents, au cas où leur père était sorti de la famille par la mort, l'émancipation ou l'adoption. Dans ces deux derniers cas, il faut supposer que ces petits-enfants, malgré l'émancipation ou l'adoption de leur père, étaient restés sous la puissance du *de cujus*.

G., III, § 7. — Paul, XV, 8, § 8.

On leur assimila le fils ou petit-fils posthume qui, conçu du vivant du *pater* naît *sui juris* après sa mort, mais qui se trouverait sous sa puissance s'il vivait encore (23).

Inst., III, 1, § 2 b.

Pour toutes ces personnes, le caractère de *suius* ne pouvait dériver que de la naissance *ex iustis nuptiis*.

2° Les enfants adoptifs. S'il y a eu adrogation, tous les descendants quelconques *per masculos* de l'adrogé tombent avec lui sous la puissance de l'adrogeant ; ils deviennent par conséquent *heredes sui* et le restent même si leur père vient plus tard à être émancipé. S'il n'y a eu que simple adoption, les enfants nés à l'adopté postérieurement à l'adoption deviennent seuls *sui heredes* de l'adoptant.

3° Enfin, les femmes tombées *in manu* ont la qualité de *heredes sui* ; les femmes dans la *manus* du père ou du fils sujet encore à la puissance paternelle. Quand le mari était en puissance de son

(23) Cette assimilation semble avoir été admise à l'époque de la loi de XII Tables et par son texte même. L. 3, § 9, D. XXXVIII, 16.

père ou de son aïeul, sa femme passait, elle aussi, sous cette puissance. La *manus* faisait considérer la femme comme la fille de son mari, elle venait toujours dans un rang inférieur au sien. L'épouse du *pater* était traitée comme sa fille, sa bru l'était comme sa petite fille et ainsi de suite, la femme était mise sur la même ligne que ses enfants.

Ulp., XXII, § 14.

Nous devons présenter quelques observations complémentaires. D'abord, remarquons qu'il n'y a aucune différence entre les sexes. La fille hérite aussi bien que le fils ; la *sua* est assimilée au *suus*. M. Fustel de Coulanges (24) prétend qu'il n'a pas toujours dû en être ainsi, et que dans le principe, la fille, non encore mariée, mais qui devait un jour se marier, ne pouvait pas hériter du patrimoine ; et l'éminent auteur s'appuie sur le § 3 des Inst., liv. III, 2. C'est là, croyons-nous, une pure affirmation. Sans doute, nous avons reconnu cette tendance incontestable de la loi à mettre le patrimoine dans la main des mâles ; mais il n'est pas moins incontestable que les femmes non *in manu* recueillaient une part de la succession paternelle, et ce que dit Justinien des agnates dans le texte, qu'on nous oppose, doit a fortiori s'appliquer au *sua*.

« *Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit ; sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes adgnatos sive masculos, sive feminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat.* »

La *sua* avait donc les mêmes droits que le *suus*.

Coll. leg. mosaic., XVI, 4, § 4.

Il y avait à cette règle une seule exception nettement formulée par la loi des XII Tables.

G., I, § 145.

(24) Cité antique, II, 7, 2°.

La dignité qui est conférée à la vestale la décharge de la puissance paternelle.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que cette modification du droit privé de la *virgo vestalis* n'entraînait aucune *capitis deminutio*. Le droit ecclésiastique, en la consacrant à la divinité, la soustrayait à toute puissance humaine, à la *patria potestas* comme à la tutelle des agnats. Par ce fait même, la vestale se trouvait exclue de la succession légitime passivement et activement. Par une compensation équitable, on lui rendit la capacité testamentaire refusée aux autres femmes (25).

Dans l'ordre des *sui*, d'autre part, on ne fait point de distinction entre les divers degrés. Comme dit très bien M. Rivier (26), c'est l'immédiatité de la puissance, et non la proximité du degré, qui donne le droit de succéder. La proximité n'est à considérer que pour le règlement des parts. Ainsi, de deux fils du défunt, l'un est précédé de plusieurs enfants : ceux-ci, quelque soit leur nombre, ne prennent que la moitié de la succession au lieu et place de leur père. En un mot, en ligne descendante, le partage se fait *per stirpes*, par souches, et non *per capita*, par têtes. Il se peut fort bien d'ailleurs, que ce partage par têtes ait été précédé de plusieurs partages par souches, si des arrière-petits-enfants, par exemple, arrivent à la succession en concours avec des enfants du premier degré (27).

C'est là une règle d'équité. On n'a pas voulu que les enfants souffrissent de la mort de leur père et perdissent une part de la succession de leur aïeul. Mais il ne fallait pas non plus qu'ils eussent plus de droits que leur auteur ; sinon, leurs cohéritiers eussent été lésés. On échappe à tous ces inconvénients en parta-

(25) Ihering, t. I, page 95, note 131.

(26) Successions, page 139.

(27) Le partage par souches ne se fait pas seulement quand il y a des héritiers de degrés inégaux. Si tous les héritiers du premier degré ont disparu, leurs descendants partagent encore *per stirpes* et non *per capita*.

geant par souches. Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse du prédécès de l'un des fils du défunt. D'autres cas peuvent se présenter. Le fils est sorti purement et simplement de la famille, laissant ses enfants sous la puissance de son père ; il a été émancipé, adopté par un étranger. Ses descendants remplacent leur père dans la succession de l'aïeul et recueillent la part qui aurait dû lui échoir. Cette vocation des héritiers subséquents à un degré supérieur est analogue à notre représentation. Elle en diffère toutefois en ce qu'en droit romain on représente non seulement une personne morte, mais encore un individu simplement sorti de la *potestas*.

G., III, §§ 7, 8.

Inst., III, 1, § 6.

Il faut que le successible ne puisse pas venir à la succession pour que ses descendants le remplacent. Tant que cette question n'est pas tranchée, le droit de ceux-ci ne s'ouvre pas. Prenons un exemple : Le *de cujus* meurt ; son fils est prisonnier de guerre chez un peuple étranger, ses enfants sont restés à Rome sous la puissance de leur aïeul. Il semble que le fils étant sorti de la famille, ses enfants doivent venir à la succession de leur aïeul. Il n'en est rien. C'est qu'en effet le prisonnier conserve toujours l'espoir de revenir et son retour grâce au *jus postliminii* fera disparaître la *capitis deminutio* qui l'a soustrait à la puissance paternelle. Il est censé avoir toujours conservé ses droits de cité et de famille. Tant qu'il est en esclavage, la puissance paternelle est suspendue et non perdue, c'est pourquoi ses enfants ne sont pas appelés à la succession de leur grand-père. Mais à l'inverse, les descendants héritent au lieu et place de leur auteur quand celui-ci est mort prisonnier de l'ennemi, quelle que soit d'ailleurs l'époque du décès. Grâce à la fiction de la loi Cornelia, il est censé être mort au jour où sa captivité a commencé et sans subir de *capitis deminutio*.

Inst., III, 1, § 4.

L. 1, § 4, D. XXXVIII, 16.

Et L. 1, pr. eod. tit.

La classe des *sui* telle que nous venons de la présenter est toujours restée l'ordre fondamental du droit civil. Les *gentiles* puis les agnats ont disparu ; les *heredes sui* sont restés. Sur ce point, le système de la loi des XII Tables est resté en vigueur jusqu'à Justinien et a suivi une route parallèle à celle du droit prétorien sans que jamais ces deux législations se soient mêlées sur ce point. Mais dans le cours des siècles, il a reçu quelques modifications qui appartiennent entièrement au droit civil et qui, comme telles, doivent appeler notre attention.

Ces réformes étaient la conséquence rigoureuse des réformes introduites par la loi en d'autres matières. Le principe sur lequel repose la vocation des *sui*, n'a reçu en effet aucune modification. C'est toujours la puissance paternelle qui est la source de tout droit héréditaire. Mais cette puissance fut donnée à des pères qui jusque-là ne l'avaient pas et imposée à des enfants qui y échappaient auparavant. L'extension des droits successoraux à ces diverses personnes, était le résultat logique de ces réformes. Nous allons les mentionner rapidement.

A. Un Latin Junien contracte avec une Romaine ou une Latine Junienne un mariage du droit des gens, puis, se présentant devant le magistrat, établit qu'il a observé certaines formalités requises par la loi. Il acquiert alors pour lui, sa femme et ses enfants (il doit en avoir au moins un) le droit de cité. L'enfant est alors soumis à sa puissance. Quant à sa femme, elle ne pourra guère tomber *in manum mariti* que par le mode dit *usus*. C'est ce que l'on appelle la *causæ probatio*, privilège établi par la loi *Ælia Sentia* en faveur des Latins seulement, puis étendue plus tard aux Latins Juniens.

G., I, §§ 29, 30, 31, 80.

Ulp., III, § 3.

B. Une erreur de la part de l'un des conjoints sur la nationalité de l'autre a empêché l'union de former des *iustæ nuptiæ* ou de profiter du bénéfice de la *causæ probatio*. La preuve de l'erreur jointe à la survenance d'un enfant procure aux époux le droit de

citée et au père la *patria potestas*. C'est l'*erroris causæ probatio*.

G., I, §§ 67 à 72. — II, § 142.

Ulp., VII, § 4.

C. Un rescrit du prince, en accordant à un pérégrin le droit de cité pour lui-même, sa femme et ses enfants, peut, sur sa demande expresse, lui donner la puissance paternelle sur ces derniers qu'ils soient déjà nés ou simplement conçus.

G., I, §§ 93, 94.

Dans ces différentes espèces, c'est un mariage du droit des gens qui par un privilège particulier se transforme en *justæ nuptiæ*. Les enfants deviennent des *sui* et acquièrent des droits sur l'hérédité paternelle d'après le droit civil.

D. Le même résultat se produit quand des enfants, issus du concubinat, sont légitimés par mariage subséquent, par rescrit du prince ou par oblation à la curie.

Inst., I, 10, § 13 et III, 1, § 2.

Une idée de faveur bien facile à comprendre, fit admettre en cette matière la théorie créée par le droit civil pour les *postumi*, et les auteurs nous apprennent qu'on a reconnu le caractère et les droits des *sui* aux enfants issus d'un mariage du droit des gens alors même que la *causæ probatio* ou l'*erroris causæ probatio* n'avaient lieu qu'après la mort de leur père et à l'enfant légitimé par rescrit du prince rendu *ex testamento patris*.

G., III, § 5.

Collat. leg. m. et r., XVI, 3, § 7.

Dans tous ces développements successifs du droit héréditaire, nous voyons bien qu'ils sortent d'une source commune : la *patria potestas*. Si nous voulons savoir d'autre part quels enfants n'héritaient pas, nous aboutirons au même résultat.

La puissance paternelle était rompue *aparte filii*, quand l'enfant perd le *civitas*, quand il encourt l'esclavage *jure civili*, quand la fille tombe sous la *manus* de son mari ou d'un tiers, enfin quand le fils est donné en adoption par son père ou émancipé par lui. En

tous ces cas, il sort de la famille et perd ainsi tous les droits qu'il pouvait y exercer. Mais il faut, pour produire cet effet, que la *capitis deminutio* subie par le fils soit absolue et irrévocable. Ainsi le fils mancipé deux fois par le père est affranchi du vivant de celui-ci ; il a encouru une condamnation criminelle qui lui a fait perdre la *civitas*, puis une *restitutio in integrum* vient en effacer les effets : il rentre alors dans la famille et redevient *heres suus*. On étendit même cet effet aux cas, où, dans les deux hypothèses que nous venons de voir, l'affranchissement ou la *restitutio* n'a lieu qu'après la mort du père.

G., III, § 6.

Coll. leg. m. et r., XVI, 2, § 6.

Et Paul, IV, 8, § 24.

En somme, si l'on ne tient pas compte des extensions dont nous avons parlé et que l'on se place à l'époque où la Loi des XII Tables fut rédigée, on peut définir ainsi le *suus*. Est *suus* toute personne qui, au jour de la succession *ab intestat*, se trouverait sous la puissance immédiate du *de cujus*, si celui-ci vivait encore à condition qu'au jour de la mort du *pater*, il fût au moins sous sa puissance médiate.

La formule donnée par M. Accarias (28) dans son *Précis de Droit romain*, est fort exacte. En effet, « elle exclut, nous dit le savant auteur, tant les petits-enfants conçus après la mort de leur aïeul et avant la délation de son hérédité, que les personnes qui, dans le même intervalle, tomberaient sous la puissance de son fils par l'effet de l'adoption ou de la manus. Vainement ces personnes seraient-elles devenues *sui juris* à l'époque où l'hérédité est déférée : elles ne succéderaient pas à un homme auquel le lien de la puissance paternelle ne les a jamais rattachées. »

Elle tient aussi compte de ce fait que l'hérédité légitime ne se

(28) *Précis de Droit romain*, n. t. II, § 420, in fine.

défère pas toujours au moment même du décès du *pater*, mais fort souvent aussi à une époque ultérieure. Dans le premier cas sont appelées seulement les personnes que la mort du *de cujus* rend *sui juris*. Dans le second cas, on se reporte à la date de la délation et on examine, qui la mort du *de cujus* arrivée à ce moment seulement eût rendu *sui juris*. De plus, parmi les personnes remplissant cette condition, on ne prend que celles qui, à la date exacte du décès, étaient sous la puissance immédiate ou simplement médiate du défunt ; ces dernières héritent seules. Les textes présentent de nombreuses applications de ces principes et notamment :

Inst., III, 1, §§ 2, 7.

L. 1, § 8. D. XXXVIII, 16.

Nous avons dit que les *sui* se succèdent en quelque sorte à eux-mêmes, c'est-à-dire que, le père mort, ils reprennent la gestion qui lui avait été jusque-là confiée. De là vient que la loi les déclare aussi *necessarii*, nécessaires. Ils acquièrent les biens de plein droit à leur insu sans avoir aucun acte d'addition à faire (29).

G., II, § 157.

Inst., II, 19, § 2.

L. 11, D. XXVIII, 2.

(29) Un savant professeur, trop tôt enlevé à l'affection de ses élèves et aux recherches scientifiques, M. Dubois, a soutenu dans une savante dissertation que les héritiers siens et nécessaires du droit romain étaient *saisis* de la propriété et de la possession des biens héréditaires. Il se fonde sur l'idée incontestable du *condominium* des membres de la famille, sur l'impossibilité d'usurper *pro herede* en face d'héritiers siens et nécessaires et sur des textes selon lui très-probants, surtout :

L. 2, C. VII, 29.

G., II, § 58 ; III, § 201.

Son argumentation serrée et brillante nous a séduit, nous l'avouons sans peine, et nous ne la condamnerons qu'après avoir entendu une réfutation concluante. *La saisine héréditaire en droit romain*, 1880, Larose.

Nous ne nous étendrons pas plus sur ce qui touche les *sui* et nous allons étudier la classe suivante : les agnats (30).

SECTION II.

Des Agnats.

A défaut de *sui*, la loi appelle les agnats qui se trouvent être les plus proches en degré du défunt au moment où s'ouvre la succession légitime.

« *Si intestatus moritur cui suus heres nec (escit.) agnatus proximus familiam habeto.* »

Tel est le texte de la loi des XII Tables. Ce sont les agnats qui forment le second ordre successoral. Il faut donc savoir ce que les Romains entendaient par l'agnation.

La parenté repose en principe sur la communauté d'origine et de sang, sans que l'on s'occupe du sexe de l'auteur commun et des intermédiaires. C'est là ce que l'on appelle la cognation. A celle-ci, le droit romain opposait l'agnation. Cette sorte de parenté, la seule donnant la vocation héréditaire dans le droit primitif suppose réunies chez celui, qui s'en prévaut, plusieurs conditions. Deux individus ne sont parents agnats que : 1° Si leur auteur commun était un homme ; 2° si les degrés qui les en séparent tous les deux étaient occupés par des mâles ; 3° enfin, si eux-mêmes et tous leurs ascendants sont issus de *justae nuptiae*. Ces conditions réunies, il faut en outre que ces personnes (3) soient soumises à une même puissance paternelle ou

(30) Nous n'avons pas besoin de dire qu'un fils de famille ou une femme ne peut à aucun titre avoir d'*heredes sui* : le premier n'ayant pas de patri-moine, tous les deux ne pouvant jamais excercer la puissance paternelle.

(31) Le mot agnation avait deux sens : l'un général, l'autre particulier. Dans le premier sens on comprenait aussi les *sui* ; dans le second que nous

pussent l'être si l'auteur commun vivait encore. C'est encore ici, comme nous l'avons vu dans la famille même, la puissance paternelle qui constitue la seule parenté et les conditions que nous avons exposées tout à l'heure ne se rapportent qu'aux cognats se disant agnats. La naissance n'est pas en effet la seule source de l'agnation, celle-ci dérive aussi de la *conventio in manum*, de l'adoption, puis de la légitimation acquise par les divers modes que nous avons indiqués plus haut. En un mot, tous les faits juridiques qui font tomber un individu sous la puissance paternelle d'un autre, établissent entre le dernier et le premier le lien dit d'agnation. Inversement, les faits autres que la mort qui font sortir une personne de la puissance paternelle rompent l'agnation. Cette sorte de parenté civile lie non-seulement ceux qui sont soumis à la *polestas* avec celui qui l'exerce, mais encore unit entre elles les diverses personnes qui sont sous la puissance du *pater*. C'est ici, étendue aux collatéraux, la notion que les Romains se faisaient de la famille réduite à ses éléments primitifs : le père et les enfants. Deux cas seulement peuvent se présenter : A. Un ascendant existe qui est actuellement revêtu de la puissance paternelle à laquelle tous les autres agnats sont soumis, soit médiatement, soit immédiatement. — B. Parmi ces personnes, les unes deviennent *sui juris*, les autres tombent sous la puissance de ces premières et forment divers groupes ayant chacun un chef. Elles ne se trouvent plus réunies sous une même puissance, parce que l'auteur commun est mort. On les appelle agnats.

En somme, c'est la puissance et rien que la puissance qui fait le fondement de la parenté agnatique. Ce n'est qu'en remontant la série des mâles qu'on trouve à chaque degré une personne

emploierons dans le cours de ces explications, on n'entendait parler que des collatéraux par les mâles : *qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti*.

apte à exercer la puissance. Seule donc, disaient les Romains, la parenté par les mâles sera prise en considération et créera des droits. De là vient la différence linguistique rigoureuse qu'on faisait entre les oncles et tantes, grands oncles et grandes tantes paternels ou maternels. La simple parenté du sang est pour ainsi dire un fait assez indifférent : *patruus, amita — avunculus, matertera*, on n'en tient compte que pour les incapacités de se marier. La parenté civile, les agnats ont pris le pas sur la parenté du sang, les cognats. Le fils émancipé à la mort de son père, le petit-fils à la mort de son aïeul, seront exclus et remplacés par les agnats et les *gentiles*. A ce fils, à ce petit-fils si proches parents du défunt, peut-être même ses seuls descendants, le Droit civil ne reconnaît aucun droit héréditaire. On les considère par rapport au défunt comme de véritables étrangers (32). C'est qu'on ne comprend que la descendance par les mâles, qui maintient la famille pure et sans mélange, libre de toute alliance et formant une entité complètement indépendante.

La femme, qui occupe une si grande place dans la vie privée de la famille et auprès de son foyer, ne compte plus pour le droit et ne saurait établir aucune relation entre la famille dont elle est issue et celle où le mariage va la faire entrer et qui va naître de son union.

Quand les agnats le seront du fait de la naissance, c'est qu'ils seront parents consanguins. Mais ce n'est pas à dire pour cela que tous les parents consanguins seront agnats. Sans doute, ils sont unis par le sang et la voie masculine, mais il ne va pas de soi qu'ils le soient par le lien de puissance. Pothier commet une erreur singulière, quand il définit les consanguins : les personnes qui ont le même père et n'ont pas perdu les droits de famille. C'est un sens tout particulier qu'il donne à ce mot, c'est une définition créée de toutes pièces par son imagination et contredite expressément par Ulpien dans la

(32) Ihering, t. I, p. 207 et ss.

Loi 1, § 10, D. *De suis et legit heredibus* XXXVIII, 16.

« *Et qui nunquam in potestate fuerunt, erunt sibi consanguinei.....* »

Nous ferons un reproche analogue à la définition que Justinien donne de l'agnation :

Inst., I, 15, § 1.

« *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati.* »

Dans les exemples qu'il donne à l'appui de sa définition, il ne commet pas d'erreur. Mais sa formule est incomplète en ce sens (33), qu'elle ne fait nulle part mention de la puissance paternelle qui est la condition *sine qua non* de la parenté agnatique.

Sont donc agnats toutes les personnes qui sont sous la même puissance paternelle ou s'y trouveraient si l'auteur commun vivait encore à quelque degré qu'il fût.

Ce sont eux qui forment la seconde classe d'héritiers, une classe collatérale. Il nous faut étudier suivant quelles règles ils étaient appelés. Ces règles, on les avait presque toutes tirées de l'interprétation littérale et subtile de la loi des XII Tables dont nous avons tout-à-l'heure donné la formule.

1° C'est le plus proche agnat qui est appelé à l'exclusion du plus éloigné. *Proximus agnatus*, dit la loi ; la proximité fait tout. Si, par exemple, le défunt laisse un oncle paternel et un frère, ce dernier viendra seul comme n'étant que du second degré, tandis que l'oncle est du troisième. Au contraire, si c'est un neveu du défunt qui concourt avec cet oncle, ils viennent tous les deux à la succession étant agnats au même degré. Peu importe d'ailleurs, le nombre des degrés qui séparent le *proxi-*

(33) On peut douter que Justinien comprît exactement ce qu'était l'agnation, lorsqu'on le voit, complétant l'œuvre d'Anastase, donner les droits agnatiques aux frères et sœurs utérins, aux enfants au 1^{er} degré d'un frère émancipé ou utérin ou d'une sœur quelconque.

mus agnatus du défunt. Les agnats, en effet, peuvent être appelés *etiam longissimo gradu* ; on l'a contesté en s'appuyant sur un passage des *Institutes*.

Inst., III, 5, § 5.

Mais, si on lit ce texte avec attention, on verra que l'indication du degré n'est donnée qu'à titre d'exemple, et n'est nullement limitative (34). L'empereur veut aussi opposer l'étendue illimitée de l'agnation à la restriction admise par le préteur pour la succession des cognats. Le droit prétorien pour cette classe d'héritiers limitait la vocation au septième degré.

En ce sens, L. 2, § 1, XXXVIII, 16.

S'il y a plusieurs agnats de même degré, ils se partagent la succession *per capita* et non *per stirpes*. C'est ainsi que plusieurs neveux en concours avec un oncle du défunt prendront chacun une part égale à la sienne. La vocation du *proximus agnatus* exclut la représentation. Si le défunt laisse un frère, et des enfants d'un frère prédécédé, ceux-ci n'auront aucun droit successoral. On a refusé de rétablir dans la classe des agnats, comme on l'avait fait dans la classe des *sui*, l'ordre de la nature rompu par une mort prématurée.

La loi d'ailleurs ne distinguait pas entre les agnats et les agnates ; le sexe ne créait aucune différence pourvu, bien entendu, que les conditions que nous avons énumérées plus haut se trouvassent remplies.

Inst., III, 2, § 3.

Tel fut du moins le droit primitif ; mais une jurisprudence postérieure introduisit une différence entre les hommes et les femmes, et limita le droit d'agnation des femmes à la succession de leurs frères consanguins. Dès lors, il n'y eut plus entre la femme et ses agnats au-delà du second degré aucune récipro-

(34) Peut-être même est-ce l'interpolation d'un copiste désireux d'enrichir le texte de savantes annotations !

cité héréditaire ; sa succession leur était donnée, mais elle ne recueillait pas la leur. Paul nous dit que cette théorie fut l'œuvre des Prudents et se fonda sur ce qu'il appelle la *jurisprudentia Voconiana*.

Paul, IV, 8, § 22.

Le but immédiat de cette réforme était sans doute le désir de limiter le plus possible la fortune des femmes et de combattre ainsi l'influence sans cesse croissante qu'elles prenaient dans l'Etat. C'est l'argument que Tite-Live développe dans le beau discours qu'il met dans la bouche de Caton (35), à propos de la loi *Oppia*. Mais ne saurait-on y voir, en outre, le réveil momentané de la tendance des anciens Romains à concentrer dans la main des hommes le patrimoine de la famille, et on comprend fort bien que malgré le texte si clair du jurisconsulte Paul, quelques commentateurs, se fondant sur un texte douteux de Gaius, aient cherché dans la loi des XII Tables le principe de cette exclusion des femmes.

G., III, §§ 18 et 23.

Cette théorie, aujourd'hui à peu près abandonnée, est formellement condamnée par le témoignage des Institutes et de Théophile, qui confirment sur ce point le passage de Paul que nous avons cité.

« *Cæterum lex XII tabularum sine illâ discretionem sexus agnatos admittit.* »

L'exclusion des femmes qui n'étaient plus au degré de consanguines disparut avec la tutelle des femmes pubères, n'ayant plus alors aucune raison d'être. Justinien se borna à constater la disparition de cette mesure que le droit prétorien avait déjà presque anéantie.

La loi ne recherchait pas non plus de quelle source dérivai

(35) *Discours de Caton pour la loi Oppia* : Tite-Live XXXIII, cap. 2, 3, 4.
— *Réponse du tribun*, L. Valérius, eod. libro, cap. 5 et sqq.

l'agnation ; si c'était du fait de la naissance ou de l'adoption, de la *conventio in manum*, ou plus tard de la légitimation ; dès qu'elle existait, elle procurait la vocation héréditaire.

1° En premier lieu, exclusion de tous les autres agnats par le plus proche et refus de la représentation aux enfants d'un agnat qui, encore existant, eût été en ligne pour succéder, voilà ce que les interprètes avaient tiré du texte de notre loi.

2° En l'absence de testament, c'est au jour du décès qu'on se reporte pour savoir quel est l'agnat en ordre utile pour hériter. Si, au contraire, il y a un testament, c'est au jour où l'institution ne peut produire d'effet que l'on se place pour reconnaître quel est l'agnat appelé ; ce n'est qu'à ce moment qu'on est sûr que le *de cujus* est mort (36) *ab intestat*. Il ne serait pas difficile de prouver par des exemples l'intérêt que l'agnat peut avoir à s'arrêter seulement à ce dernier jour.

Ulp., XXVI, § 4.

Inst., III, 2, §§ 1 et 6.

G., III, §§ 10, 11, 13.

L. 2, §§ 5 et 6, L. 5, D. XXXVIII, 16.

Si la proximité du degré s'apprécie au moment où s'ouvre la succession *ab intestat* et à ce moment seulement, la qualité d'agnat doit avoir existé chez le successible au moment de la mort du défunt. Cette condition, exigée en matière d'hérédité par presque toutes les lois successorales, les jurisconsultes romains ont prétendu la tirer *in terminis* de la loi des XII Tables ainsi que le témoigne la

L. 6, D. XXXVIII, 16.

Quoi qu'il en soit, il faut avoir existé, ne fût-ce qu'un instant

(36) On sait qu'avec leur esprit d'interprétation rigoureuse et littérale, les Romains refusaient de tenir pour mort *ab intestat* celui dont l'hérédité n'avait été acceptée que par un seul des héritiers testamentaires, fût-il même institué *pro parte*, et par conséquent de déclarer ouverte la succession légitime.

de raison du vivant du testateur. Dans l'application de ce principe, les Romains furent très-larges et appliquèrent aux agnats la plupart des extensions admises précédemment pour les héritiers siens : la conception antérieure à la mort du *de cujus*, la *restitutio per omnia* de l'individu qui, au jour du décès, avait perdu ses droits par *media* ou *maxima cap. deminutio*. On appliquait aussi à notre matière la fiction de la loi *Cornelia* qui fait rétroagir le décès de l'agnat mort prisonnier de guerre et l'effet résolutoire du *jus postliminii*.

La puissance faisant le fondement de l'agnation, là où elle n'existait plus, il n'y avait pas de droit héréditaire. C'est ainsi qu'on écartait de la succession : 1° les enfants émancipés ; 2° les enfants donnés en adoption ; 3° les descendants par les femmes. A la fin du V^e siècle, l'empereur Anastase avait décidé que certains agnats, les frères et les sœurs seulement, seraient considérés comme ayant conservé la qualité d'agnats malgré leur émancipation. Leur présence écartait les autres agnats à partir du troisième degré ; si, au contraire, ils concouraient avec des frères et sœurs non émancipés, leurs droits étaient réduits à la moitié de ce qu'obtenait l'enfant resté dans la famille. Justinien rétablit entre eux le partage égal.

L. 4, C. V, 30.

Inst., III, 5, § 1.

A ces agnats d'un nouveau genre, Justinien en adjoignit d'autres dont le rédacteur de la loi des XII Tables eût assurément trouvé la vocation singulière au moins en tant qu'agnats. Les enfants de la sœur même consanguine sont évidemment de simples cognats du *de cujus*. Cependant Justinien le rappelle au rang des enfants du frère. Ce premier pas fait, la logique exigeait que l'empereur appelât aussi le frère et la sœur utérins et les enfants du frère utérin. Il y vint et leur déféra l'hérédité comme à des agnats. Ces neveux ne recueillent en effet que s'il n'y a pas d'agnats plus proches en degré, et, si les neveux viennent en ordre utile, ils partagent *per capita* et non *per stirpes*. Justi-

nien ne vit qu'une iniquité flagrante dans ce qui était le résultat direct de l'ancienne constitution de la famille et, sous prétexte de corriger l'ancien principe, il le fit disparaître entièrement.

La succession des agnats constitue un véritable droit de succession. Nous avons vu que le *suius* est héritier sien et nécessaire, qu'il acquiert de plein droit. D'où la conséquence que, mourant lui-même peu après le *de cuius*, il transmet le patrimoine de celui-ci à ses propres héritiers. Tout autre est la situation des agnats ; ils sont sans doute des héritiers légitimes, mais ne peuvent acquérir comme le *sui* à leur insu et pour ainsi dire sans en avoir conscience. Il faut qu'ils fassent adition pour accepter, car ils sont avant tout héritiers volontaires. Tant que l'adition faite ne leur aura pas donné le caractère désormais indélébile d'héritiers, ils pourront faire cession de leurs droits par *in jure cessio* et transférer ainsi à un tiers les droits de propriété, les créances et les dettes du défunt. L'agnat, par ce marché, ne transfère pas son droit ; il consent à ce que le prêteur reconnaisse le cessionnaire comme ayant-droit en son lieu et place.

G., II, § 35 ; III, § 85.

Ulp., XIX, §§ 11, 12, 13, 14.

Au lieu de vendre l'hérédité à laquelle il est appelé, l'agnat peut accepter la succession. Dans le principe, il ne put le faire qu'au moyen de la *cretio*. Dans la suite, on lui permit d'accepter en se portant héritier ou par acte de simple volonté.

Paul, IV, 8, § 21.

Cf., G., II, § 169.

L'agnat peut d'autre part refuser : il faut alors distinguer deux cas.

A. Avec l'héritier renonçant étaient appelés d'autres agnats du même degré. La part du renonçant leur accroit ; il y a pour eux *jus non decrescendi*. Entre les cohéritiers qui acceptent, l'hérédité se partage par têtes et non par souches, nous le savons.

B. L'héritier renonçant était le plus proche et seul de son degré : l'hérédité va-t-elle passer aux agnats du degré suivant ?

Les législations modernes reconnaissent généralement plusieurs classes de successeurs venant l'une à défaut de l'autre, et dans chacune de ces classes, les héritiers du degré subséquent sont appelés à la succession, si l'héritier du degré précédent qui faisait obstacle à leur vocation vient à disparaître. C'est la théorie de la dévolution entre les diverses classes et les divers degrés. Était-elle admise en droit romain ? Nous n'examinons la question et nous ne pouvons l'examiner qu'à propos des agnats. Dans la classe des *sui*, elle ne se posait pas. Si, au moment de la délation de l'hérédité, il n'y a pas de *sui* du premier degré ou même pas de *sui* du tout, on appelle alors en première ligne les *sui* du deuxième degré ou les agnats : il n'y a pas à proprement parler de dévolution. Si au contraire, il y a un *sui* lors de l'ouverture de la succession, il est aussitôt saisi et s'il vient à disparaître, c'est à lui que les *sui* du second degré ou les agnats vont succéder et non au défunt : donc, pas de dévolution entre les degrés ou entre les classes. Mais pour les agnats, héritiers externes et volontaires, qui peuvent accepter ou renoncer, on comprend que le premier degré venant à défaillir, le second le remplace.

Plusieurs opinions se sont fait jour sur ce point, opinions qui ne se différencient que par des nuances souvent fort délicates à saisir. Nous n'en examinerons que les principales.

« Le principe de la vocation successive (*successive Berufung*), nous dit Windscheid (37), était inconnu du droit civil ; quand le plus proche appelé ne devenait pas héritier (ce qui n'arrivait pas dans la classe des *sui*) il n'y avait pas lieu à la vocation d'un degré plus éloigné ». C'est la théorie généralement suivie en Allemagne. Elle se fonde sur un texte de Paul et sur des fragments de Gaïus et d'Ulpien.

Ulp., XXVI, § 5.

(37) Windscheid : *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. III, § 573, note 1.

— Dans le même sens, Rivier : *Succ.* page 147.

« *In legitimis hereditatibus successio non est* ».

Paul, IV, 8, § 23.

« *In hereditate legitima successioni locus non est* ».

Cf. : G., III, §§ 12 et 22.

Les textes sont nombreux. Si l'agnat appelé le *proximus* était même simplement empêché de faire adition, l'ordre entier des agnats était exclu : « *Quod si nemo eorum (agnatorum) adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur* ». Ce sont les termes mêmes employés par Ulpien. « *Ex lege* », c'était de la loi même des XII Tables que l'on avait tiré cette interprétation. Le mot *proximus* servit de prétexte à l'exclusion de la *successio graduum* (38). On appelle l'agnat qui est le plus proche au moment de la délation de la succession. S'il fait ensuite défaut on ne peut appeler les suivants, « *quia lex semel tantum hereditatem illis defert* ».

M. Giraud (39), tout en constatant que la *successio graduum* était exclue dans l'ordre des agnats, trouve les raisons qu'on en donne absolument insuffisantes. Il croit que le vrai motif était d'exciter les citoyens à faire des testaments et à substituer pour empêcher le patrimoine de passer à des moins indifférentes. Plusieurs raisons politiques et religieuses avaient provoqué chez les Romains l'habitude de tester, et donné au testament une prééminence incontestable sur la succession légitime.

Si justes que soient les considérations présentées par M. Giraud, nous préférons pour notre part le système soutenu par M. Accarias (40), et que nous allons résumer en quelques mots. L'exclusion des agnats ne saurait être contemporaine de la loi des XII Tables et procéder directement de son esprit. Au § 23 de Paul (IV, 8.) s'oppose le § 21 d'après lequel l'agnat ne faisant pas *cretio intra centesimum diem* voyait la succession passer *ad*

(38) Ihering : t. III, page 144.

(39) Giraud : op. cit. page 693.

(40) Accarias : t. II, § 425, 2°.

proximos. Qui étaient-ce que ces *proximi* sinon les agnats suivants ? On sait d'ailleurs que le préteur créant la *bonorum possessio unde legitimi*, ne fait que confirmer le droit civil. Or à propos de cette classe de *b. possessores*, on s'était demandé si la dévolution devait être admise d'un agnat à l'autre. M. Accarias voit dans cette controverse la trace d'une ancienne dévolution entre les agnats. Plus tard, on admit l'exclusion ; mais pourquoi ? C'est que grâce à l'éloignement des agnats, la succession arrivait à la classe si favorable des cognats. Et le texte de Paul, qu'on nous oppose, constate une réaction violente de la parenté naturelle contre la parenté civile et non une décision arbitraire de la loi des XII Tables (41).

Justinien qui vit dans cette jurisprudence, une réforme imparfaite rétablit la dévolution dans l'ordre des agnats. Mais on se rappelle combien il avait étendu cet ordre qui n'existait plus en somme que de nom. Il donne pour motif de ce retour à l'ancien droit, cette idée que la dévolution entre les agnats était admise en matière de tutelle. Cette raison qui semble avoir vivement frappé un auteur moderne n'en est pas une. C'est le plus proche agnat qui doit être tuteur parce qu'il doit hériter de son pupille ; mais sa vocation héréditaire est une simple expectative qui se transmet de proche en proche et ne se fixe que le jour où le pupille meurt, c'est-à-dire au moment où l'agnat cesse d'être tuteur. Les deux choses sont donc parfaitement distinctes.

Inst., III, 2, § 7.

Quand il n'y a pas d'agnats, la succession passe aux *gentiles*.

(41) Pour prévenir ce résultat, l'agnat du second degré peut se faire céder *in jure* l'hérédité par le premier et faire adition à sa place.

G., II, § 35.

Il pourra peut-être aussi en certains cas obtenir du préteur qu'il l'appelle avec les cognats.

Ce procédé ne sera pas toujours suffisamment efficace.

Inst., III, 2, § 6.

Quelques auteurs et notamment M. Ihering (42) se fondent sur les termes de la loi : *si nec escit agnatus*, pour repousser la dévolution aux *gentiles*, si le plus proche agnat vivant au jour de la délation de l'hérédité a disparu ou renoncé. C'est l'exclusion de la *successio ordinum*. C'est aller bien loin et on peut alors se demander à qui va passer la succession. Sera-ce à l'Etat ? On ne sait. (43).

Comme pour les agnats du second degré, la *gens* ne put être exclue que postérieurement quand le préteur eut reconnu aux cognats des droits à la succession. Ce résultat fut confirmé par la disparition des *gentiles* dont nous allons nous occuper. (44).

SECTION III

Des Gentiles

Nous lisons dans Gaius : C. III, § 7.

« *Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat.* »

C'est la reproduction presque littérale du texte de la loi des XII Tables. *Coll. leg. mos. et rom.* XVI, 4, § 2.

« *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.* »

A défaut de *sui* et d'*adgnati*, l'hérédité était déferée aux gen-

(42) Ihering; t. III, p. 144.

(43) Dans le principe, l'hérédité vacante put être usucapée. L'*usucapio pro herede* fait acquérir par un an de possession le droit même d'hérédité. Plus tard, plusieurs lois, notamment les lois *Julia* et *Papia*, attribuèrent au trésor les successions en deshérence. L'*usucapio* ne s'appliqua dès lors plus qu'aux objets de l'hérédité considérés individuellement.

(44) Il est presque inutile de dire que l'agnation suppose l'ingénuité et qu'un affranchi ne saurait avoir d'héritiers agnats. Quant à la femme, qui n'a pas d'héritiers siens, elle peut très bien laisser sa fortune à ses agnats.

tiles, c'est-à-dire aux personnes qui avaient le droit de gentilité à l'égard du défunt.

Que faut-il entendre par *gentiles*? Dans quel ordre venaient-ils à la succession? Telles sont les deux questions qui se posent en notre matière et qui ont reçu presque autant de solutions qu'il y a d'auteurs s'en étant occupés. En face de tant d'hésitations et de controverses, il est bien difficile de prendre position. Toutes les opinions qui se sont fait jour s'éliminent l'une l'autre, plutôt qu'elles n'établissent leurs thèses respectives. Presque toutes, en effet, se heurtent tantôt à un obstacle, tantôt à un autre, et une objection à laquelle on ne trouve point de réponse vient le plus souvent détruire l'édifice savamment construit.

Nous nous bornerons donc à exposer rapidement les principaux systèmes, et, sans vouloir les discuter à fond, présenter les objections qu'on leur a faites. Presque toutes les théories qui ont été présentées, peuvent se rattacher aux trois systèmes dont voici la formule :

A. La *gentilitas* désigne la relation politique et juridique entre une famille qui exerce le patronage et d'autres familles qui sont clientes.

B. La *gens* est une association politique de plusieurs familles qui étaient à l'origine étrangères les unes aux autres ; la loi les a groupées et a créé entre elles une union fictive et une sorte de parenté religieuse.

C. La *gentilitas* est fondée sur la communauté d'origine et sur la parenté par le sang.

D'où vient une si grande incertitude? De l'absence complète de textes. Gaïus nous avait parlé de la *gens* dans son premier commentaire et le passage est perdu. La question n'avait plus pour lui qu'un intérêt historique. Le *jus gentilicium* avait disparu et n'était plus qu'un souvenir au moment où vécurent les écrivains dont les œuvres nous sont restées. C'est ce qui explique leur silence. Un seul texte nous est parvenu qui touche à cette question ; c'est un passage de Cicéron malheureusement fort

incomplet. Cicéron, selon M. Fustel de Coulanges, semble avoir ignoré comme presque tous ses contemporains ce que c'était que la *gens* antique. S'il l'a su, la définition qu'il en donne doit être incomplète, comme celle, par exemple, de Justinien pour l'agnation, où l'empereur oublie le caractère essentiel de cette parenté, à savoir l'existence antérieure d'une puissance paternelle commune à tous les agnats. Le caractère spécifique, pour ainsi dire, de l'institution dont ils parlaient leur a échappé à tous deux.

Voici le passage de Cicéron qui a servi de base à toutes les discussions. « *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt — qui ab ingenuis oriundi sunt — quorum majorum nemo servitutem serviat — qui capite non sunt diminuti.* » Topiques, c. 6.

Voilà tout ce que Cicéron nous dit. Donc il y a quatre conditions : 1° Les gentiles portent le même nom ; 2° ils sont nés de personnes ingénues ; 3° aucun de leurs ancêtres n'a été esclave ; 4° ils n'ont pas subi de *capitis diminutio*, c'est-à-dire qu'ils ont gardé leur qualité de membres de la famille civile.

D'autre part, les historiens romains nous apprennent que la *gens* avait une religion particulière, un culte et des dieux spéciaux *Dii gentiles*, dont le pontife était le chef de la *gens*. Elle avait son tombeau commun où elle ensevelissait ses membres et accomplissait les rites funéraires.

Le caractère religieux prédomine, mais dans la vie civile et publique, les *gentiles* ont des droits et des devoirs très-stricts et très-bien définis. La *gens* paie les dettes de ses membres ainsi que les amendes qu'ils encourent, comme aussi la rançon des *gentiles* captifs ; elle subvient aux dépenses publiques des *gentiles* devenus magistrats. Elle assiste ses membres traduits en justice sans pouvoir les y traîner elle-même. A l'intérieur, elle est fortement constituée. Elle est organisée militairement, elle a un tribunal et un magistrat qui punit et exclut les *gentiles* indignes. Elle a enfin un patrimoine géré par son chef ou par un

délégué. Ces idées sont hors de toute contestation, et je n'ai pas besoin de citer les textes fort nombreux où elles se trouvent clairement exposées (45).

Ces données acquises, examinons les systèmes énoncés plus haut :

A. Le premier suppose deux familles, dont l'une ne compte que des ingénus, tandis que l'autre descend d'un esclave. Cet esclave a été affranchi par l'un des membres de la première famille. Les agnats de la famille du *manumissor* sont *gentiles* par rapport aux descendants du *manumissus*, leur communiquent leurs *sacra* et deviennent leurs tuteurs et leurs héritiers (46).

Cette doctrine présentée par Hugo, développée par M. Ortolan, a conquis un grand nombre de partisans, en France surtout. On peut cependant lui adresser de graves reproches qui, croyons-nous, doivent la faire entièrement rejeter. D'abord pour elle, la *gentilitas* n'est que l'extension des droits du patronat. Mais ces derniers ont un nom spécial. On les appelle *iura patronatus* ; nous les connaissons bien et nous ne voyons pas pourquoi les Romains auraient donné deux noms à la même chose. D'autre part, il y a pour la *gens* communauté d'origine. Les *gentiles* portent le même nom ; de plus, au lieu du mot *gens*, les auteurs emploient le mot *genus* qui signifie race et quelquefois le mot *familia*. Enfin des textes formels font descendre les *gentiles* d'un auteur commun (Varron : de ling. lat. VIII, 4).

Enfin, les partisans de ce système se condamnent eux-mêmes, quand ils disent que dans la *gentilitas*, les uns sont des sujets actifs, les descendants du *manumissor*, les autres, des sujets purement passifs, les descendants de l'affranchi. C'est là une affirmation gratuite. *Gentiles sunt inter se*, nous dit Cicéron.

(45) Ihering : t. I, p. 184 et ss. — Fustel de Coulanges : Livre II, ch. 10.

(46) Aux descendants de l'affranchi, MM. Ortolan et Demangeat assimilent les familles rattachées par les liens de la clientèle aux grandes familles patriciennes.

N'est-ce pas une preuve irréfragable que les droits et les devoirs de la gentilité sont réciproques ?

B. Un autre système a été soutenu, qui appartient aux historiens plus encore qu'aux jurisconsultes. On sait que chacune des trois tribus de Rome comprenait dix curies, divisées à leur tour en dix décuries chacune. Ce qui fait en tout trois cents décuries. Or dans cette opinion, *gens* serait synonyme de décurie.

Cette théorie, professée par Niebuhr, a été brillamment défendue par M. Giraud (47). M. Mommsen dit que la *gens* se compose de dix maisons, qu'il y a dix *gentes* ou cent maisons dans la curie et dix curies dans la cité (48). Ces auteurs se fondent sur cette idée, que l'organisation romaine a dû se modeler sur l'organisation attique, où la cité comprend quatre tribus ; chaque tribu compte trois phratries, et dans chaque phratrie il y a trente triacades ou *γενν*. Il faut assimiler le *γενος* à la *gens*. Or le *γενος* se fonde sur le lien politique et non sur le lien de famille. On ajoute enfin que les décuries avaient des *sacra* comme la *gens* et que les deux cultes n'en formaient qu'un seul.

Mais d'abord, qui nous dit que Rome, en se fondant ait modelé son organisation sur celle d'Athènes et que le partage des terres ait été fait non à chaque famille, mais à un groupe de familles arbitrairement réunies ? Sans doute ce système explique fort bien comment les *gentes* patriciennes sont les premières, celles des conquérants, et comment les *gentes* plébéiennes ne naquirent que

(47) Niebuhr : *Geschichte des römischen Rechts*. T. I, n° 14, note 21.
— Giraud : *Revue de législation*. Wolowski, année 1846, T III, pages 385, 389 et suiv.

(48) L'éminent historien dont nous rapportons les expressions presque littérales (T. I, page 95) semble cependant admettre à la page 86, que la *gentilitas* n'est qu'une sorte d'agnation plus étendue dont les membres ne peuvent plus énumérer ni les aïeux intermédiaires, ni leur degré par rapport à lui.

dans la suite, quand de puissantes familles étrangères vinrent se fixer dans le pays. Mais il est une chose qu'on n'explique pas, c'est le groupement artificiel des familles. D'après tout ce qu'on sait des auteurs anciens, les *sacra* sont les cérémonies faites en l'honneur des ancêtres. Or, comme dit très bien M. Fustel de Coulanges, comprend-on, lorsqu'on connaît l'esprit religieux des Romains, qu'on ait pu un jour fondre diverses familles en une seule, puis leur imposer une généalogie et un culte. C'eût été un sacrilège. Si la *gens* adore un ancêtre, c'est qu'elle croit de bonne foi descendre de lui ; et, si l'esprit de vanité lui attribue souvent des exploits héroïques, l'Etat ne saurait lui donner seul l'existence et la vie. Il y a dans le culte privé une légende que le pouvoir souverain est impuissant à créer (49).

C. La doctrine soutenue par M. F. de Coulanges tient mieux compte, selon nous, de toutes ces considérations. Pour cet auteur, la *gens* est la famille ayant encore son organisation primitive et son unité (50).

Les noms des *gentes* ont toute la tournure des noms patronymiques romains : *Claudius*, fils de *Clausus*. Les diverses familles de la *gens* ne sont que des branches sorties d'un même tronc. Les *gentes Æmilia*, *Cornelia*, *Marcia*, *Servilia* ont de nombreux rameaux. Mais, et c'est un fait que l'opinion précédemment exposée ne peut expliquer, il y a des *gentes* qui ne comptent qu'une famille. Citons quelques noms pris dans l'excellente Table des principales *gentes* dressée par M. Mommsen : les *gentes Horatia*, *Minucia*, *Mucia*. A mesure que la *gens* se subdivise, le *nomen gentilicium* reste, mais les branches, les rameaux prennent des noms différents pour se distinguer de leurs *cogentiles*.

(49) F. de Coulanges, loco citato. — *Accarias* : I, page 192, note 1.

(50) Maynz (Tome III, page 211, note 18) semble cumuler la première et la troisième opinion, en appelant *gentiles* les agnats du *manumissor* entre eux, puis dans leurs rapports avec les descendants de l'affranchi.

Cette théorie, d'ailleurs, cadre bien avec ce que nous savons de la religion et du culte des Romains. Le culte de la *gens* est le culte des morts, qui se célèbre sur le tombeau des ancêtres où les *gentiles* veulent être ensevelis auprès d'eux. Enfin, nous savons que la famille *stricto sensu* et la famille agnatique reposent aussi sur le culte et plus encore sur l'existence antérieure d'une puissance commune. Ne saurait-on voir ici l'extension de ce principe ? Malgré l'accroissement de ses membres, la famille reste indivisible, soumise à une puissance commune, exercée par son chef et se perpétuant en lui. La réunion des *gentes* formait la cité romaine, comme la réunion des familles avait formé la colonie primitive.

Il est toutefois une objection bien grave à faire à ce système. Nous savons que l'agnation va *in infinitum* : où établirez-vous la ligne de séparation entre les agnats et les *gentiles* ?

Nous ne nous arrêtons pas à toutes les autres opinions qui ont été proposées, ni à celle qui fonde la *gentilitas* uniquement sur la communauté de nom, ni à celle qui appelle *gentiles* les agnats au delà du 10^e degré. Nous y avons répondu d'avance.

Beaucoup d'auteurs renoncent à connaître exactement la *gens* (51) et, abandonnant cette étude jusqu'à la découverte de nouveaux documents, recherchent comment les *gentiles* viennent à la succession. Nous allons les suivre sur ce terrain.

Les *gentiles* viennent-ils en bloc ou *per capita*. L'idée d'un partage par têtes est aujourd'hui à peu près abandonnée (52). Il impliquerait vocation des degrés les plus proches (53). Or, on ne trouve rien de semblable dans les textes. L'opinion générale est donc que c'est la personne morale et collective appelée *agens* qui

(51) Notamment : M. Ihering, t. I, page 185.

(52) Voir cependant un travail fort complet intitulé : *Successione legittima studiata nelle fonti del diritto romano : da Paolo Delogu* (Cagliari 1870).

(53) Vering semble admettre le partage entre les diverses familles composant la *gens* : *Römisches Erbrecht*, page 432.

hérите et quelques auteurs voient dans ce droit un souvenir de l'ancienne copropriété de famille, qui a dû se retrouver à l'origine de la société, sinon romaine, au moins italote, comme on la retrouve au berceau de presque tous les peuples. La succession est administrée par le *princeps* et les biens servent à acquitter les charges imposées à la *gens*, à couvrir les frais du culte et des armements militaires. En remplaçant ainsi les biens dans la famille politique et religieuse, la loi des XII Tables a suivi son système et tendu toujours à maintenir le patrimoine dans la famille et à en empêcher le morcellement (54). Cette idée n'a rien d'in vraisemblable et s'appuie sur de solides raisons.

Nous avons ainsi terminé l'étude de l'ordre successoral établi par la loi des XII Tables. Dans le chapitre suivant, nous en verrons les inconvénients et nous indiquerons les réformes que le préteur y a introduites. Cet exposé sera aussi bref que possible à cause des difficultés de la matière et parce que nous avons hâte d'arriver au système créé par Justinien pour le comparer avec le régime primitif.

(54) Giraud : *Journal des savants*, 1878, pages 695 et 696.

CHAPITRE II

La succession *ab intestat*

SELON LE DROIT PRÉTORIEN

La loi des XII Tables faisait dériver tout droit héréditaire et tout droit de famille de la puissance paternelle. La *suitas* (55), l'*agnatio*, la *gentilitas* découlaient du même principe, l'autorité du *pater* ou du *princeps gentis*. On n'était héritier qu'à condition de faire partie de la famille civile du défunt à quelque titre que ce fût : la parenté naturelle ne donnait aucun droit. On n'en tenait compte qu'en matière de mariage et pour empêcher ces unions incestueuses que les peuples d'Occident furent toujours unanimes à réprouver :

Avec le point de départ choisi par la loi des XII Tables, on arrivait entre autres conséquences aux deux suivantes. D'abord les femmes, ne pouvant avoir d'*heredes sui*, leurs enfants ne leur succédaient jamais à ce titre : bien plus, en l'absence de *manus*, la mère et les enfants étant complètement étrangers, n'avaient aucun droit héréditaire sur les biens les uns des autres. Et on pouvait voir ce fait singulier : les fils du premier lit, succédant à la seconde femme de leur père, tandis que les enfants se trouvaient exclus de la succession de leur propre mère. En se-

(55) Ce mot barbare, opposé à tort par du Cange à *extraneitas* fut inventé par les commentateurs pour signifier la qualité d'*heres suus*.

cond lieu, les enfants émancipés, donnés en adoption, les filles mariées avec *manus* et tous les descendants par les femmes n'avaient aucun droit sur l'hérédité paternelle qui leur échappait pour passer entre les mains d'héritiers éloignés et peut-être inconnus.

Quoi qu'il en soit de ces résultats, le système successoral primitif cadrerait bien avec l'organisation de la famille romaine, fondée sur l'unité politique et religieuse. La loi n'était alors ni trop étroite, ni trop injuste, comme l'a dit Gaius, et après lui Justinien. Elle était bonne pour son temps et la Rome aristocratique des premiers âges ne pouvait y voir les défauts qui devaient si vivement choquer la postérité. Reçue par les contemporains comme un moyen de défense énergique contre l'arbitraire des praticiens, elle devint l'objet d'un respect presque religieux qu'augmentait encore sa forme concise et pour ainsi dire sacramentelle.

Cependant Rome avait grandi. Après une lutte opiniâtre et non sans avoir éprouvé de sanglantes défaites, elle avait conquis le Latium et le pays des Samnites. Maîtresse enfin de toute l'Italie, elle avait étendu la main sur l'Afrique et sur la Grèce. Plus encore que son territoire, ses mœurs avaient changé. Les patriciens ne dominaient plus. Le nombre des plébéiens avait crû et avec leur nombre, leur ambition. Ils s'étaient introduits, nous dirons presque, de force dans les magistratures publiques. L'un des deux consuls était pris dans leurs rangs et commandait à la noblesse aussi bien qu'à la plèbe. L'idée de l'Etat s'était formée peu à peu et par un contre-coup tout naturel, la famille avait perdu sa forte constitution en même temps que son importance politique. De bonne heure, la *gens* n'eut plus de raison d'être et disparut : c'est ce qui nous explique l'ignorance dans laquelle nous sommes sur son organisation. L'individu prenait une place plus grande dans l'Etat et s'éloignait d'autant de sa famille ; la *patria potestas* se relâchait par ce fait même et la subordination dans la famille diminuait en même temps que l'influence du

pater sur la conduite de la chose publique. La constitution de la société avait donc changé et cette révolution devait se faire aussi sentir dans le domaine du droit.

D'autres causes accélérèrent le mouvement. Les Romains, dans leurs guerres et leurs expéditions, s'étaient trouvés en contact avec de nombreux peuples étrangers. Ils avaient pu en étudier les coutumes et les mœurs et voir, par exemple, que nulle part la puissance paternelle n'était aussi fortement constituée, ni les enfants aussi durement traités qu'à Rome. Le centurion ou le simple légionnaire, rentré chez lui après les campagnes, trouvait dur de retomber sous la puissance de *patres* tels que Tite-Live nous en montre.

D'autre part, les jeunes gens qui voulaient avoir part au gouvernement de la République, allaient pour la plupart en Grèce faire leur éducation oratoire. Et dans ce pays, que trouvaient Cicéron et ses amis ? Une philosophie sublime que l'esprit romain, livré à ses propres forces, n'aurait jamais pu concevoir. Les Grecs, ces inventeurs et ces maîtres de la dialectique, enseignaient aussi aux jeunes Romains une morale dégagée des idées du paganisme. Ils leur apprenaient que l'homme est indépendant, responsable de ses actes et ne relève que de sa conscience. Rentrés à Rome, ces jeunes gens, dans les débats judiciaires, dans les discussions législatives, dans l'exercice des magistratures, cherchaient à faire prévaloir les idées de la philosophie grecque.

Enfin, les étrangers venaient eux-mêmes à Rome, et cela en si grand nombre, qu'on avait dû charger un magistrat spécial de trancher leurs contestations. Dans cet office, le préteur pérégrin, obligé de juger suivant l'équité, apprenait à connaître la rigueur du droit romain ; il comprenait peu à peu combien il était contraire aux sentiments intimes de la nature humaine et combien il choquait les affections du cœur. Devenu préteur urbain, il se souvenait de ses observations et s'efforçait d'en tirer profit pour corriger le droit civil et le rendre plus humain.

Pour toutes ces raisons, la législation ancienne devait subir une transformation. Les mœurs avaient changé, la loi, demeurée immuable, avait cessé d'être en harmonie avec elles. Les Romains allaient-ils pour cela abroger la loi devenue incommode et importune pour en faire une meilleure ? Non, ils conservèrent ce monument sacro-saint, qu'on appelle la loi des XII Tables, en en faisant, autant que possible, disparaître les inconvénients, mais en supportant ceux qu'ils ne pouvaient éviter. M. Ihering (56), en quelques pages remarquables, explique comment ils procédèrent ; il nous montre les causes de ce respect des Romains pour l'ancien droit et de cette stabilité de la loi des XII Tables. Elle avait été obtenue après de longues luttes : elle était, ce sont les expressions de l'auteur, la grande charte, le *palladium* de la plèbe. Le temps l'avait consacrée et les Romains, avec l'esprit pratique qui les caractérise, avaient compris que « la loi n'atteint son apogée de force que là où les lois ont traversé les âges. Lorsque les lois se succèdent et se remplacent rapidement, elles perdent, avec le respect qui leur est dû, leur force et leur autorité. » On respecta donc la loi des XII Tables, mais sans rester pour cela dans l'inaction. Si cette loi demeura la base du droit privé et de la procédure civile, on la fit progresser tant par la doctrine que par la pratique. Ce furent les jurisconsultes qui accomplirent cette œuvre de développement par leur *interpretatio* et on appela proprement *jus civile* le droit qui résulta de ce travail d'amplification et d'application. « La jurisprudence, loin de considérer comme sa mission de se soumettre servilement aux termes de la loi, se croyait appelée à compléter celle-ci, à la faire progresser et à en étendre la portée. Elle procéda par voie d'analogie, créa des dispositions nouvelles pour les espèces que n'avaient pas prévues les lois anciennes et n'hésita même pas à contredire celles-ci lorsqu'elle les trouvait en contradiction avec la justice et l'équité. » Tous ces pro-

(56) Tome II, pages 61 et suiv.

grès, les jurisconsultes romains les acceptèrent comme découlant naturellement de la loi des XII Tables ; on comprend alors l'amour enthousiaste professé par tous pour ce droit merveilleux et complet, qui remontait presque aux origines de Rome, et comment Cicéron pouvait mettre le petit livre de la loi des XII Tables au-dessus de toutes les œuvres philosophiques et littéraires de son temps. En présence de ces merveilleux développements, il oubliait ses modestes origines et sa rudesse primitive.

A côté de la jurisprudence et parallèlement à elle, le droit prétorien venait lui aussi développer le domaine du droit civil et c'est surtout son action que nous trouvons en matière de succession ; par son système des *bonorum possessiones* il reforma le régime successoral du droit civil. Ce qui caractérise son œuvre, c'est qu'il fonda désormais la famille sur l'affection et le lien du sang et non plus sur la *patria potestas*. Son but est de concilier les exigences de la logique sévère d'un droit très rigoureux avec les données de l'équité naturelle.

Le moyen que le préteur employa pour parvenir à ce résultat fut trouvé par lui dans la procédure. Au début de toute action réelle, il devait régler à qui appartenait le rôle de défendeur et à qui, par conséquent, devait être attribuée la possession de la chose pendant la durée du procès. Ce règlement du possessoire ne se faisait pas arbitrairement, mais bien d'après certaines règles établies d'avance par la loi ou par l'édit du magistrat. Or la pétition d'hérédité était une action essentiellement réelle pour laquelle le préteur était appelé à faire ce règlement des *vindiciæ*.

Il nous faut remarquer, d'autre part, que la succession devait, par suite du principe de la non-dévolution admis en droit civil, se trouver très souvent en déshérence, ce qui permettait l'usurpation des tiers et l'usurpation accomplie par eux *pro herede*. Ce résultat devait se produire d'autant plus souvent que les guerres civiles et italiques, l'émigration dans les colonies lointaines, avaient fait de nombreux vides dans les rangs des *sui* et

des *agnati*. De plus, les *gentes* s'étaient, par ces expéditions lointaines, complètement disloquées et n'étaient plus qu'un souvenir. Les déshérences devaient donc être fréquentes. Mais, si l'intérêt de la conservation des *sacra* avait fait admettre l'usucapion par des *extranei*, d'autre part, la conscience publique, oubliant les motifs politiques de cet ordre de choses, avait fini par le trouver fâcheux, et par déplorer qu'un parent naturel se trouvât exclu au profit d'un étranger par des motifs qu'elle ne comprenait plus. Le jour donc, où le préteur, ayant à se prononcer entre ces deux personnes, trancha la question en faveur du parent, nul ne songea à critiquer cet acte fait en vertu de son *imperium*, acte que ne commandait aucune disposition du droit civil, mais aussi qu'aucune ne défendait. Même consentement unanime quand ses successeurs, publiant leur *Album*, promirent de suivre ces précédents et cette théorie de justice et d'équité. De ce jour, la révolution juridique était commencée. Elle allait continuer jusqu'à Justinien.

Le préteur se borna d'abord à appeler certaines personnes au cas où la succession en déshérence était menacée de l'usurpation d'un tiers. Il indiqua les personnes que leur parenté avec le défunt lui faisait préférer à des étrangers. C'étaient, par exemple, des agnats qui se trouvaient exclus parce que le *proximus agnatus* appelé à l'hérédité était mort ou renonçait ; ou bien c'étaient de simples *cognati* auxquels le droit civil ne donnait aucun droit. A toutes ces personnes le préteur offrait l'hérédité pourvu qu'elles la demandassent dans un certain délai. Il les mettait en possession et par là leur ouvrait une usucapion *pro herede* inattaquable au point de vue de la morale et de l'équité. En toutes ces hypothèses le préteur agissait, comme l'ont dit les auteurs, *juris civilis supplendi gratia*. Ce fut évidemment là le point de départ de la réforme opérée par le préteur. La *bonorum possessio unde cognati* créa de toutes pièces une classe supplémentaire venant après les ordres reconnus par le droit civil et destinée à empêcher les déshérences.

Le préteur permit aussi aux héritiers du droit civil de demander la B. P., et cela pour faciliter leur entrée en jouissance, pour les favoriser aussi vis-à-vis de certains autres héritiers.

Mais il alla plus loin, et, ne se contentant plus de suppléer ou simplement de confirmer le droit civil, il le combattit de front. C'est alors surtout que se développe l'œuvre prétorienne et que l'on comprend véritablement son rôle. Le préteur n'en vint sans doute à ce point d'audace que le jour où, la civilisation étant plus avancée, les sentiments de la famille eurent pris plus d'empire. Il fit rentrer dans la famille et parmi les successibles, les enfants émancipés qui avaient cessé d'y figurer. Il ne dit pas sans doute que la puissance paternelle cesserait d'être la source de tout droit successoral ; mais en pratique, il arriva à ce résultat, quand il restitua les enfants contre la *capitis deminutio* qui les avait fait sortir de la famille. A partir de ce moment, on crut à la succession non plus comme *suus* mais comme compté parmi les *liberi*.

G., III, §§ 26 et sqq.

Les auteurs sont à peu près unanimes pour croire que dans les B. P. *intestati* du moins, le préteur suivit l'ordre que nous venons d'indiquer et qui est bien en effet conforme au rôle historique et à la marche générale du droit romain. C'est pourquoi l'on trouve la B. P. *unde cognati* mentionnée par Cicéron alors que Labéon est le premier à parler de la B. P. *unde liberi* (57). Toutefois à en croire Justinien, le progrès aurait été inverse.

Inst., III, 9, pr.

C'est là, croyons-nous, un solécisme historique sur lequel nous ne voulons pas insister davantage (58). Sous le bénéfice de cette

(57) Maynz, III, page 214. — Rivier, page 149. — Accarias II, page 71.

(58) Une note mise par M. Rivier à la page 39 de son ouvrage expliquera fort bien la concision de notre exposé : « Les témoignages des sources touchant l'origine et la nature primitive de la B. P. sont peu nombreux et peu concluants. Les amis de l'hypothèse ont pu se donner libre carrière et ne s'en sont pas privés. De là une grande diversité d'opinions et des discussions interminables, en grande partie parfaitement oiseuses ».

observation, et pour suivre un ordre parallèle à celui qu'a créé la loi des XII Tables, nous examinerons les B. P. *intestati* dans l'ordre suivant :

L. 1, D. XXXVIII, 15.

I. — *Bonorum possessio unde liberi.*

II. — *Bonorum possessio unde legitimi.*

III. — *Bonorum possessio unde cognati.*

IV. — *Bonorum possessio unde vir et uxor.*

La première et la troisième sont de beaucoup les plus importantes et constituent l'œuvre originale et la réforme principale du droit prétorien.

Avant toute explication, il est deux remarques à faire : C'est à tort que le texte, que nous venons de citer, qualifie des *sui heredes* les héritiers du premier ordre appelés par le préteur ; l'erreur est facile à rectifier. Ensuite les termes *unde liberi*, *unde cognati* font partie d'une formule plus complète ainsi conçue : *Ex edicto unde liberi vocantur : Bonorum possessio* donnée en vertu de la partie de l'édit par laquelle les enfants sont appelés.

SECTION I

Bonorum possessio unde liberi

Cette *bonorum possessio* s'adresse aux enfants et descendants du *de cuius*.

En premier lieu, elle confirme le droit civil en ce qu'elle appelle à la *successio* les *sui*, c'est-à-dire ceux qui se trouvaient encore en puissance du défunt. Il faut supposer évidemment que le *de cuius* est un *pater*. Sinon, le préteur n'appelle pas les enfants à la succession de la mère ou de l'aïeul maternel. Si, en effet, toutes les personnes sont des *liberi* par rapport à la personne décédée, elles ne sont pas pour elle des *sui*.

D'autre part, le préteur corrige ici le droit civil en deux cas :
A. Il donne la B. P. *unde liberi* aux enfants émancipés qui se trouvaient exclus par le droit civil. Il suppose que l'émancipation n'a pas eu lieu et que l'émancipé est resté dans la classe des *sui*. L'émancipation de ce jour changea de caractère. Dans l'ancien droit on la tenait pour une peine, une sorte d'exil et de proscription hors du sein de la famille ; mais elle devient peu à peu une augmentation de capacité, puisque désormais l'émancipé conserve tout ce qu'il acquiert et garde, d'autre part, ses droits successoraux de *suius*. — B. On sait combien le droit civil était rigoureux en cas d'adoption. L'enfant donné en adoption perd toute relation avec sa famille naturelle. Qu'il vienne à être émancipé par l'adoptant, il devient aussi étranger à la famille de ce dernier. Cette situation du *suius* adopté puis émancipé devait naturellement attirer l'attention du préteur. On lui donna la B. P. de la succession de son père naturel, à condition qu'il eût été émancipé du vivant de celui-ci. On étendit cette réforme à la fille tombée sous la *manus* de son mari.

En résumé, rentrent dans l'ordre prétorien des *liberi*, les enfants et descendants immédiats naturels, adoptifs et légitimés, nés ou posthumes, aussi bien ceux qui étaient encore sous la puissance du défunt que ceux qui en sont sortis de son vivant par émancipation ou par tout autre mode. Il faut en excepter les enfants adoptifs émancipés, et les enfants donnés en adoption et émancipés seulement après la mort du *de cuius*.

Inst., III, 1, §§ 9, 10, 11.

Ulp., XXVIII, § 8.

L. 1, § 2, D. XXXVIII, 15.

LL. 4 et 5, D. XXXVIII, 6.

Le partage se faisait par tête quand tous les appelés étaient au premier degré ; sinon, on partageait par souches. Mais un résultat inique aurait pu se produire si l'on avait toujours procédé de cette façon. Prenons un exemple : Le défunt laisse deux fils dont l'un a été émancipé, laissant ses enfants sous la puis-

sance de leur aïeul. On ne pouvait permettre le partage de la succession par tiers, attribués l'un au fils resté en puissance, le second au fils émancipé, le troisième aux enfants de ce dernier. La seconde branche eût été trop bien partagée. Le préteur Julien pourvut à ce danger en décidant que dans ce cas, l'émancipé, réintégré dans ses droits de *suius*, devrait concourir avec ses enfants et prendrait la moitié de la part à eux afférente. Ce fut la *nova clausula Juliani* qui introduisit cette modification.

L. 3, D. XXXVII, 8.

L'assimilation des enfants émancipés aux *sui* devait entraîner une autre réforme. Grâce à leur émancipation, ces enfants, sortis de la famille, avaient pu acquérir une fortune personnelle, tandis que les enfants restés en puissance ne pouvaient acquérir que pour leur père. Il y avait là pour les émancipés un bénéfice pur et simple et sans compensation. C'est pourquoi le préteur rescindant l'émancipation en leur faveur la rescinda aussi contre eux. Si l'émancipation n'avait pas eu lieu, les biens acquis par les enfants figureraient tous à la masse : les émancipés apporteraient donc au *sui* les biens qu'ils ont acquis par leur industrie et augmenteraient d'autant la fortune à partager. C'était la *collatio* : non pas notre rapport, mais un apport, puisqu'on mettait dans la masse des biens qui n'avaient jamais fait partie du patrimoine paternel. Du principe sur lequel reposait la *collatio*, il résultait que seuls les *sui* pouvaient le demander, et aux *liberi* seulement dont le concours venait réduire leur part (59). Ainsi, les émancipés venant à la succession ne se devaient pas le rapport entre eux. Les *sui* ne le devaient non plus à personne. Toutefois, on l'imposa à la fille, qui, mariée et dotée par son père, était restée en puissance de celui-ci. La dot profective n'étant pas rapportable car la fille était *sua*, et la fille d'autre part venant à la

(59) C'est ainsi que dans l'espèce réglée par la *clausula Juliani* les enfants exigeraient le rapport de leur père venant en concours avec eux. Seuls, ils pourront le demander et en profiter.

succession, il y avait inégalité flagrante. On l'obligea donc à faire rapport aux émancipés d'abord et aux *sui* ensuite.

Mais la théorie des pécules vient bientôt bouleverser complètement la matière. Peu à peu, en effet, les *sui* obtinrent le droit d'acquérir un patrimoine dit *peculium castrense* ou *adventicium*. De ce jour, ils se trouvèrent placés sur le même pied que les émancipés. Ces pécules n'étant pas rapportables, on décida que ces biens seulement devraient être rapportés qui avaient été distraits du patrimoine paternel pour être donnés aux enfants. C'est le vrai rapport qui est le contre-pied absolu de la *collatio* primitive.

Nous ne voulons pas insister sur les formes et les effets de la B. P. Disons seulement que l'enfant était *in via usucapiendi* et que, pendant l'année nécessaire à l'usucapion, le prêteur le défendait absolument contre toute revendication de prétendants-droits quelconques. Plus tard, s'il faut en croire Ulpien, le *possessor* fut plus favorablement traité, et acquit immédiatement le *dominium* sur les biens héréditaires.

L. 1, D. XXXVII. *De bon. possessionibus*.

Rappelons que la B. P. *unde liberi* n'est possible que dans les successions masculines, le prêteur appelant les *sui* et leur assimilant les enfants émancipés.

SECTION II

Bonorum possessio unde legitimi

A défaut de *liberi*, le prêteur appelle ceux à qui la loi des XII Tables et tout autre source du droit déferaient l'hérédité légitime. C'est ainsi qu'il investit les agnats et les *gentiles*. En première ligne se placent les héritiers siens : ils pouvaient réclamer comme *legitimi* l'hérédité qu'ils n'avaient pas prise en qualité

de *sui* ; ils excluèrent alors les autres successibles que leur renonciation ou leur absence eût fait venir.

L. 2, pr. D. XXXVIII, 7. *Unde legitimi*.

A leur défaut, il appelle les agnats (60) c'est-à-dire le *proximus agnatus*. Mais si celui-ci vient à manquer, il passe non au degré subséquent mais à l'ordre suivant, confirmant ainsi d'une façon absolue la doctrine que la jurisprudence avait tirée de l'interprétation littérale de la loi des XII Tables (61).

L. 1, § 10, D. XXXVIII, 9.

Le préteur n'introduit ici aucun principe nouveau et par exemple, il ne restitue pas les agnats contre les conséquences de leur émancipation ou de leur *capitis deminutio*. De même, c'est toujours au moment où la B. P. est déferée qu'on recherche quel *legitimus* a le droit de la demander (62).

(62) En ce sens, Accarias : t. II, § 460, 2°.

L. 5, § 1, L. 4, *in fine* D. *eod. tit.*

Le préteur se borne à appliquer purement et simplement les principes du droit civil, et à appeler les héritiers par lui désignés.

SECTION III

Bonorum possessio unde cognati

Cette B. P. qui fut sans doute imaginée la première, est assurément la plus originale de toutes les créations prétoriennes. Le préteur s'y donne libre carrière : il appelle qui lui paraît le plus digne de succéder et il choisit les parents du défunt même par

(60) On sait quelles extensions les constitutions impériales avaient données à l'ordre des agnats. Toutes les personnes qui y furent comprises eurent droit désormais à la B. P. *unde legitimi*.

(61) M. Rivier ne croit pas qu'on doive admettre une *successio graduum* dans l'ordre des *legitimi*.

les femmes et au mépris de l'émancipation et de l'adoption. Il met complètement de côté le principe de la parenté civile et politique pour ne s'occuper que de la parenté naturelle. Il tient compte uniquement des liens de l'affection et du sang. La liberté dans l'organisation de cette classe d'héritiers était d'autant plus grande, qu'il ne s'agissait ni de confirmer, ni de combattre le droit civil. Pour la loi des XII Tables, les cognats étaient des étrangers ; cette loi avait prévu l'arrivée d'étrangers à la succession en reconnaissant l'usucapion *pro herede*. C'était au prêteur, juge du possessoire et du petitoire, à choisir ceux à qui il donnait la possession de l'hérédité.

L. 1, pr. D. XXXVIII, 8. *Unde cognati*.

L. 2, *eod. tit.*

La cause de la vocation des cognats est donc dans la parenté naturelle. Jusqu'alors étouffée par le droit civil, la cognation n'avait aucun effet que celui que nous avons signalé déjà, de créer certains empêchements au mariage. Deux lois relativement récentes en avaient cependant tenu compte : nous voulons parler des lois *Furia testamentaria* et *Cincia*. La première, défendant au testateur de faire des legs de plus de mille as, ne lui permet de dépasser cette somme qu'en faveur de certains cognats. L'autre, fixant une limite aux donations, autorise les donations *ultra modum* en faveur des cognats jusqu'au cinquième degré. A part ces textes, nulle part la cognation n'avait d'effet juridique. Ici elle est le principe et la source de tout droit héréditaire.

La cognation dérive soit de la parenté *ex justis nuptiis*, soit de la parenté naturelle, soit de la parenté fictive résultant de l'adoption (63). Reprenons successivement ces trois cas.

1° PARENTÉ LÉGITIME. — Disons d'abord que les héritiers qui, pouvant demander les deux B. P. précédentes ou l'une d'elles, ne l'avaient pas fait, avaient le droit d'invoquer la B. P. *unde cognati* et de primer ainsi tous les autres cognats. Ils cumu-

(63) Accarias : II, pages 107 et suiv.

laient ainsi les délais que le préteur donnait à chaque classe d'héritiers pour délibérer.

Mais il est des individus pour lesquels cette B. P. est la seule ressource. Ce sont d'abord les descendants par les femmes vis-à-vis de la succession de leur mère et de leurs ascendants maternels, les frères et sœurs utérins entre eux dans le droit classique, les agnates non-consanguines exclues de la succession de leurs agnats par la jurisprudence Voconienne, les descendants et les ascendants qui au jour de la mort de leur parent, se trouvent encore dans la famille adoptive.

G., III, §§ 29 à 31.

Paul, IV, 8, § 22 *a*.

Ulp., XXXVIII, § 9.

Il faut aussi placer ici les agnats qu'une *capitis deminutio* empêche de venir à titre de *legitimi*. Le préteur se refusant à la rescinder se contente de les appeler comme simples cognats.

G., III, § 29.

2° PARENTÉ NATURELLE. — C'est celle qui résulte de toute union autre que les justes noces. Les enfants *vulgo quæsitii* ont avec leur mère et les cognats de celle-ci des droits réciproques de succession formellement reconnus par les textes (64). Quant aux enfants nés *ex concubinato*, malgré le silence des textes, il faut leur reconnaître *a fortiori* la même situation que celle qu'ont les *spurii*. Mais entre les enfants issus du concubinat et leur père et les cognats de celui-ci existe-il des droits héréditaires ? Sans aller, comme certains auteurs, (65) jusqu'à dire qu'ils pouvaient invoquer la B. P. *unde liberi*, nous sommes assez tenté de leur ouvrir la B. P. *unde cognati* en établissant la réciprocité (66). Plus tard, les droits de ces enfants furent réduits et presque anéantis par les empereurs chrétiens dans le but de favoriser la légitimation et les unions régulières.

(64) L. 2 et L. 4. XXXVIII, 8. — Inst. III, 5, § 4.

(65) De Fresquet : *Traité élémentaire de droit Romain*.

(66) Accarias : II : page 108.

D'autre part, la cognation existant entre des esclaves n'était pas consacrée par le droit civil de sorte que l'enfant né d'une femme esclave, puis affranchi avec elle, n'était pas le cognat de cette femme après son affranchissement : « *Nec enim ulla servilis videtur esse cognatio.* »

L. 1, § 2, XXXVIII, 8.

Justinien abrogea formellement cet état de choses et reconnut à la cognation servile, les mêmes effets qu'à la cognation ingénue.

Inst., III, 6, § 10.

3° PARENTÉ ADOPTIVE. — A titre de cognats venaient encore les enfants adoptifs. Ils ne sont dans la famille adoptive des cognats que pour ceux dont l'adoption les a faits agnats ; dans leur famille originaire, ils ont, au contraire, conservé toutes leurs relations antérieures de cognation. On trouve un exemple dans la L. D. XXXVIII, 8.

Le père a émancipé son fils, puis adopté un *extraneus* : l'adopté et l'émancipé ne sont pas cognats par la raison qu'ils ne sont pas agnats. Inversement la cognation, née de l'adoption, reste rompue par la *capitis deminutio* qui fait disparaître et l'adoption et l'agnation. *

Telles sont les personnes appelées par le préteur à titre de cognats. Voici comment ils viennent. Le plus proche degré vient en première ligne et exclut les suivants. S'il compte plusieurs personnes, celles-ci partagent par tête. Si le premier degré vient à manquer, on descend au suivant et cela jusqu'au septième degré pourvu que ce soient des enfants de cousins issus de germains. Là où sont présumés s'arrêter les liens d'affection, là, le préteur arrête la vocation héréditaire. On s'accorde généralement à dire que toute limitation était inconnue dans l'ordre des *legitimi*. Nous avons cependant éprouver sur cette question une certaine hésitation en face d'un passage de Papinien. On a soutenu que si l'ordre des agnats était illimité, celui des *legitimi* était

borné par le droit prétorien au huitième degré. Cette opinion est assez plausible en face du texte du jurisconsulte (67).

L. 9 pr. D. XXXVIII, 8.

SECTION IV

Bonorum possessio unde vir et uxor

A défaut de cognats au septième degré, le préteur appelle le conjoint survivant. Cette B. P. ne put être utile que le jour où la *manus* disparut des mœurs. En effet, la *manus* rend le mari propriétaire immédiat de tous les biens de la femme, qu'il garde après le décès de celle-ci. Si, au contraire, le mari prédécède, la femme vient en première ligne comme *sua* et sa vocation est consacrée par le droit civil aussi bien que par le droit prétorien. La place reculée que lui assigne le préteur a donc peu d'inconvénients puisqu'elle peut les éviter par la *manus*. Mais le jour où la *manus* disparut, le droit héréditaire du conjoint ne fut plus qu'une dérision (68).

Quelque soit le titre auquel vienne le *bonorum possessor*, le préteur ne lui accorde qu'un droit de fait pour ainsi dire, et jamais un titre « *Prætor heredes facere non potest* » disent les textes. Il se borne à placer le successible dans une situation analogue à celle des héritiers et à protéger énergiquement la possession qu'il leur a accordée. Le successeur prétorien est *loco heredis*. Les créances et les dettes de l'hérédité ne passent sur sa tête qu'indirectement, elles ne se poursuivent que par des

(67) P. Delogú : *La successione legittima*, p. 79.

(68) Le cadre que nous nous sommes tracé nous empêche d'étudier les autres *Bonorum possessiones* tant *contra et secundum tabulas*, que *ab intestato*.

actions fictices. Il défend sa possession par l'interdit *quorum bonorum* ; on lui accorde la publicienne et la *petitio hereditatis utilis*. Il agit toujours, *ficto se herede*.

Comme résultat pratique, l'héritier prétorien acquérait une situation ressemblant fort à celle de l'héritier du droit civil. Mais alors se pose une question très délicate à résoudre. Il se peut que l'héritier civil et l'héritier prétorien se trouvent en présence. Qui des deux l'emportera ? C'est la solution des conflits possibles qui a donné lieu à la théorie si originale et malheureusement si mal connue de la B. P. *cum re* et de la B. P. *sine re*. Vis-à-vis des tiers, le successeur appelé par le prêteur a, sauf l'obligation d'employer les actions fictices, les mêmes droits que l'héritier du droit civil. Vis-à-vis de ce dernier, tantôt la B. P. sera pleinement efficace et arrêtera toute réclamation et toute revendication de sa part ; tantôt, au contraire, elle ne lui sera pas opposable : le B. *possessor* sera évincé et réduit à un titre nu.

Cette distinction résulte de la marche suivie par le prêteur dans l'organisation des B. P. Il ne s'occupe que d'un simple règlement de procédure. L'héritier du droit civil obtenant la B. P. l'avait *cum re* de même que l'individu venant en l'absence de tout héritier. Dans les autres hypothèses, elle dut dans le principe être donnée *sine re* pour éviter un conflit entre le droit prétorien et le droit civil. Le magistrat veut bien confirmer le droit civil ou suppléer à son silence, mais non le combattre, et en tout conflit il s'inclinera devant lui. Mais peu à peu soutenu par l'opinion publique, il a voulu corriger des injustices et des inégalités choquantes. Il a alors fortifié la situation de son candidat, si nous pouvons ainsi parler, et lui a donné le B. P. *cum re*. Telle est la marche qu'a dû suivre la B. P. *unde liberi*. Mais on ne peut raisonner que par analogie de ce qui s'est passé pour les autres B. *Possessiones* : les textes manquant complètement pour les B. P. *intestati*. Les passages de Gaius et d'Ulpien qui nous restent se rapportent aux B. P. *secundum* et *contra tabulas*.

G., II, §§ 119, 120, 147, 148, 149. — III, § 37.

Ulp., XXVIII, 13.

Ce dernier auteur, dans un passage qui a subi de nombreuses restitutions, semble dire que la B. P. *intestati* est toujours *sine re* en face d'un *heres scriptus*.

Dans l'application, les auteurs se sont séparés ; les uns disant que le *b. possessor* l'emportait toujours, les autres que l'héritier civil devait être préféré. La seule règle générale à poser est que celui-là l'emportera toujours qui occupe la première place dans l'*edictum successorium*. Le rang décide de l'efficacité de la B. P. (69).

Cette différence d'efficacité dans la B. P. montre d'une façon incontestable la coexistence de deux législations : la loi des XII Tables est toujours en vigueur et sert de fondement à tout le droit civil ; d'autre part, le préteur a organisé une législation successorale spéciale qui s'est juxtaposée ou superposée à la première (70).

La dualité subsistera longtemps encore. Mais les deux lois finiront par se fondre. Sous Justinien, la transformation s'est opérée presque entièrement, et voici les règles suivies :

A. En fait de B. P. *intestati*, on trouve seulement les quatre que nous avons étudiées, toutes les autres, anormales ou extraordinaires, ont disparu.

B. Partout on admet la dévolution de degré à degré.

C. La B. P. a toujours lieu *cum re*.

D. Enfin l'usucapion n'est plus nécessaire. On acquiert immédiatement le domaine quiritaire.

D'autre part, la B. P. s'acquiert de plein droit et par une simple manifestation de volonté.

Telle est, résumée en quelques mots, la législation des Institutes.

(39) Maynz: III, p. 286 et ss. — Accarias : II, p. 121 et ss.

(70) Giraud : *Journal des Savants*, 1878, pages 759, 760.

Inst., III, 9, §§ 4 à 10.

Il n'y a plus par le fait qu'un système de succession. Le droit prétorien l'a emporté en ce qui touche l'ordre dans lequel les héritiers sont appelés. La parenté purement civile ne compte presque plus. On s'occupe surtout de la parenté naturelle. Pourtant il y avait encore quelques réformes insuffisantes, quelques lacunes que le préteur trop timide n'avait osé combler : les Constitutions impériales le firent.

CHAPITRE III

La succession *ab intestat*

D'APRÈS LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES

Le préteur avait introduit dans la délation des successions un nombre considérable de changements et, pour ne parler que du principal, il avait organisé de toutes pièces l'ordre nouveau des cognats. Son œuvre cependant était restée incomplète et la force même des choses condamnait le droit prétorien à en demeurer là. Revêtu seulement du pouvoir exécutif, le préteur ne pouvait réformer le droit civil qu'indirectement, dans des questions d'espèces et de pratique. Il pouvait établir une jurisprudence mais jamais une disposition législative ; le pouvoir de faire la loi ne lui appartenait pas. La loi ancienne restait la seule loi applicable en principe.

Cela nous explique pourquoi le droit prétorien présentait tant de lacunes. La loi des XII Tables fondait le droit successoral sur les relations résultant de la puissance paternelle. Le préteur avait bien pu fictivement faire rentrer sous cette puissance des individus qui en étaient sortis, mais jamais il n'aurait pu aller jusqu'à supposer la mère revêtue de la puissance paternelle sur ces enfants. Une telle assimilation eût dépassé les bornes du pouvoir du préteur et contredit d'une façon trop choquante les principes du droit civil. Les enfants restaient donc encore écartés de la succession de leur mère et la mère de celle de ses enfants. Au cas où il y avait eu mariage avec *manus*, l'agnation née entre ces personnes de ce fait leur donnait des droits réciproques de succession ; mais cette puissance absolue du mari sur sa femme était tombée en discrédit, les mœurs y répugnaient, la *manus* avait presque

entièrement disparu, et avec elle, les droits héréditaires auxquels seule elle donnait naissance. La mère et ses enfants n'étaient plus considérés entre eux que comme des étrangers ; c'était là assurément un résultat inique. Le prêteur avait bien essayé de remédier à cet inconvénient, mais d'une façon imparfaite. Développant son système sur la parenté naturelle, il avait reconnu que les liens de cognation existaient incontestablement entre les personnes dont nous parlons ; il les appela donc à la succession les unes des autres, à titre de cognats, c'est-à-dire dans la troisième classe d'héritiers. C'était insuffisant. D'abord les héritiers prétoriens n'avaient pas des droits absolus, indiscutables. En second lieu, les cognats les plus favorisés se voyaient préférer les agnats. Ceux-ci venant *in infinitum*, la mère et les enfants étaient le plus souvent exclus de la succession les uns des autres.

Cet état de choses devait se prolonger tant qu'un acte législatif ne serait pas venu mettre la femme dans la classe des agnats ou même supprimer complètement l'ordre des agnats. Les sénatus-consultes et constitutions impériales opérèrent la première réforme. Justinien seulement accomplit la seconde, en écartant toutes les conséquences que l'ancien droit attachait aux liens de puissance et d'agnation.

Les sénatus-consultes et les constitutions impériales antérieurs à la novelle CXVIII se bornèrent, avons-nous dit, à faire passer certains cognats dans la classe des agnats. On ne leur donna pas sans doute le titre d'agnat, ce qui eût été en désaccord trop visible avec le principe même sur lequel était fondée l'agnation, mais on leur reconnut la qualité de *legitimi*. Dès lors, ils purent, comme tels, venir dans la seconde classe des *bonorum possesseurs* reconnus par le prêteur, et de plus, leur droit étant consacré par un texte de loi, cette vocation leur attribuait tous les droits de l'héritier du *jus civile*.

De ces œuvres législatives les plus connues sont les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien que nous étudierons séparément.

Puis vient un ensemble de constitutions moins importantes dont nous relèverons les principales dispositions sans entrer d'ailleurs dans un examen approfondi.

SECTION I

Sénatus-consulte Tertullien

Le sénatus-consulte Tertullien fut le premier texte législatif qui fit une brèche au principe, que l'agnation est le fondement de l'hérédité légitime, et qui marquât cette tendance des esprits à mettre sur la même ligne la *cognatio* et l'*agnatio*. On ne saurait, en effet, considérer comme telle une décision de l'empereur Claude attribuant à une mère la succession de ses enfants. C'était une décision tout à fait exceptionnelle et ne se justifiant que par une idée de faveur.

Inst., III, 3, § 1.

Seul, le sénatus-consulte eut une portée générale et constitua non plus un précédent, mais une loi. On n'est point d'accord sur l'époque précise à laquelle il fut rendu. A s'en tenir aux Institutes, il faudrait dire qu'il fut promulgué sous le règne d'Adrien « *Temporibus divi Hadriani factum est* » dit le § 2 de notre titre. La majorité des auteurs en fait cependant honneur à l'empereur Antonin-le-Pieux. Le sénatus-consulte doit, en effet, porter le nom du consul sous lequel il a été rendu ; or, on ne trouve de consul du nom de *Tertullus* que sous Antonin. On comprendrait ainsi que Gaius, écrivant sous ce dernier prince ait composé son troisième commentaire avant la rédaction du sénatus-consulte Tertullien. On fait ensuite remarquer que Antonin-le-Pieux, fils adoptif d'Adrien portait en vertu de l'adoption le nom de celui-ci ! La date probable du sénatus-consulte serait donc l'an 911 de Rome, c'est-à-dire 158 de l'ère chrétienne.

Cette loi consacre définitivement le droit de la mère à la succession de ses enfants. Mais là se borne l'innovation, et, par

exemple, elle ne donne aucune vocation héréditaire aux ascendants maternels, ni aux ascendantes paternelles. L'exercice du droit successif de la mère était toutefois soumis à trois conditions. Il fallait pour que la mère succédât à son fils :

1° Qu'elle eût le *jus liberorum* ;

2° Qu'elle eût pourvu à la tutelle de son enfant, s'il était impubère ;

3° Qu'elle ne trouvât pas devant elle les descendants de l'enfant, son père naturel, ses frères consanguins ; toutes ces personnes lui étaient préférées et l'excluaient de l'hérédité.

Inst., III, 3, §§ 2, 6, 3, 4, 5.

Ulp., XXVI, § 8.

Ulp., L. 2, §§ 23 à 43, D. XXXVIII, 17. Ad. S. C. Tertull.

On ajoute quelquefois comme autres conditions que l'enfant devait être ingénu et *sui juris* pour que la mère pût parvenir à la succession. Mais c'était là, remarquons-le bien, la condition *sine qua non* de toute vocation héréditaire dans tous les systèmes qui ont précédé la novelle CXVIII. L'enfant *alieni juris* n'ayant point de patrimoine propre ne pouvait laisser de succession. Quant à l'enfant, émancipé ou libéré du *mancipium*, il laissait ses biens à son père ou au *manumissor extraneus* ; affranchi de l'esclavage, il transmettait ses biens à son patron ou aux descendants de celui-ci, la *cognatio servilis* ne créant aucun droit héréditaire civil ou prétorien. Le sénatus-consulte n'avait donc pas à parler de ces prétendues conditions ; il n'avait qu'à se référer au droit commun.

Reprenons successivement ces trois conditions :

1° Il faut d'abord que la mère ait le *jus liberorum*, c'est-à-dire qu'elle ait le nombre légal d'enfants : trois si elle est ingénue, quatre si elle est affranchie. Peu importe qu'elle fût elle-même *sui* ou *alieni juris* (71).

(71) On ne distingue pas non plus suivant que la femme a le plein usage de ses droits, ou a encouru l'infamie.

L. 2, § 4, XXXVIII, 17.

L. 6, D. XXXVIII 17. Ad. S. C. Tertull.

On exigeait d'autre part trois ou quatre accouchements heureux. Les couches doubles ou les grossesses avortées n'étaient point comptées. Mais la mère pouvait se prévaloir des enfants morts pourvu qu'ils fussent nés vivants et viables.

Le sénatus-consulte était donc conçu dans le même sens que les lois caducaires, et il voulait récompenser la fécondité. Mais ce n'était pas là son but unique comme on l'a dit à tort, croyons-nous. Il est né de l'esprit de faveur et de réaction inspiré par la situation fâcheuse de la mère en face de la succession de ses enfants. L'idée de faire de la mère l'héritier de ses enfants dûit naître avant la pensée de faire de ce droit une prime à la fécondité.

La mère succédait à tous ses enfants aussi bien aux enfants nés d'un mariage régulier qu'à ceux qui étaient nés de relations passagères. Si même elle avait conçu pendant l'esclavage, la naissance de l'enfant après l'affranchissement de la mère, suffisait à donner à celle-ci un droit héréditaire.

Les lois caducaires comme toutes les lois contraires aux mœurs de l'époque disparurent et avec elles toutes les dispositions législatives qui procédaient du même esprit. Notre première condition devait donc cesser d'être imposée à la mère. Les empereurs Honorius et Théodose-le-Jeune étendirent le *jus liberorum* à toutes les mères, et Justinien le supprima complètement.

Inst., III, 3, § 4.

Const. 1, C. VIII, 59. *De jure liber.*

2° La seconde condition avait pour but de protéger les intérêts de l'enfant impubère. On impose à la femme l'obligation de veiller à ce que son enfant eût un tuteur, soit de lui en faire nommer un dans le principe, soit de faire remplacer le tuteur destitué ou excusé. L'accomplissement de cette condition n'était exigé de la mère que si elle était elle-même majeure de vingt-cinq ans. Si, étant tenue de la remplir, elle l'avait négligée, la sanction de cette faute était la privation de tout droit dans la

succession de l'enfant mort avant sa puberté. Justinien maintint cette obligation et impartit à la mère un délai d'un an pour s'en acquitter. C'était là une mesure heureuse que l'empereur eut raison de conserver.

3° La troisième condition n'a trait qu'au rang donné par le sénatus-consulte à la mère dans la succession de son enfant. La mère ne venait à l'hérédité que si l'enfant ne laissait ni enfants, ni père naturel, ni frères consanguins, elle n'était appelée qu'en quatrième ligne. Si l'on examine la qualité des diverses personnes qui lui étaient préférées, on s'aperçoit facilement que le sénatus-consulte a tenu compte de l'ancienne agnation et appelle avant la mère les plus proches d'entre les agnats, ceux-là surtout que le droit prétorien avait le plus favorisés.

A. En premier lieu venaient les enfants du fils défunt tant naturels qu'adoptifs. On trouve ici tous les *heredes sui* et ceux des descendants que l'héritier assimilait aux *sui* et faisait entrer dans la classe des *liberi*. On admettait aussi les descendants d'un fils adoptif du défunt à faire obstacle à la vocation de la mère. Nous pouvons donc dire, en règle générale, que tous les enfants du défunt appelés à titre de *liberi* quel que soit leur sexe, avaient le droit d'exclure la mère (72). Il était toutefois des descendants que le préteur n'appelait que dans la classe des cognats : c'étaient ceux qui au moment de la délation de l'hérédité se trouvaient encore dans une famille adoptive. Tandis que le préteur les appelait en concours avec la mère à la *B. P. unde cognati*, le sénatus-consulte plaça la mère en première ligne et écarta par cela même les enfants. Un rescrit d'Antonin décida que le sénatus-consulte ne s'appliquerait point en ce cas et que la mère et l'enfant viendraient concurremment à la *B. P. unde proximi cognati*.

L. 2, § 9, *eod. tit.*

(72) L. 2, §§ 6 et ssqq. D. *eod. tit.*

Si, dans cette hypothèse, il y avait eu des agnats, leur présence eût certainement paralysé les droits de l'enfant, et la question de préférence ne serait à débattre qu'entre cet agnat et la mère.

Du reste, bien que le fils du défunt soit en principe préféré à sa mère, celle-ci n'est évidemment exclue que quand le fils a fait adition de l'hérédité ; autrement la mère serait admise.

Si donc le descendant s'abstient, se fait restituer contre son acceptation, la succession passe à la mère.

L. 2, § 8, D. *eod. tit.*

Nous n'avons raisonné que pour le cas où le défunt est du sexe masculin. S'il s'agit au contraire d'une fille décédée et laissant sa mère et des enfants, ceux-ci n'étant jamais que cognats ne pourraient faire obstacle au droit de la mère. Mais en conséquence du sénatus-consulte Orphitien, les constitutions impériales décidèrent que les enfants d'une femme viendraient les premiers à sa succession et en écarteraient ainsi leur aïeule.

Const. 4, C. VI, 57.

Const. 11, C. VI, 55.

B. Une autre personne préférée à la mère était le père naturel de l'enfant décédé, qu'il vînt en vertu du droit civil comme *parens manumissor* ou en vertu du droit prétorien par une B. P. *cum re*.

L. 2, § 16, *eod. tit.*

Mais, si le père naturel écarte la mère, il n'en est pas de même du père adoptif, qui a émancipé l'enfant aujourd'hui décédé. En effet, avec l'émancipation, il a cessé d'être *pater* et ne peut plus être admis à la B. P.

L. 2, § 15, *eod. tit.*

Non plus que le père adoptif, l'aïeul ou le bisaïeul ne sauraient nuire à la mère sauf en un seul cas rapporté par la

L. 5, § 2, *eod. tit.*

L'aïeul a affranchi son petit-fils lequel meurt laissant son père, sa mère et l'aïeul émancipateur. Lequel d'eux tous doit succéder?

En vertu de la règle, la mère exclut l'aïeul, mais celui-ci exclut le père, qui, à son tour, enlève tout droit à la mère. On décida que la mère devrait céder devant l'aïeul ; sinon, la question ne se posant plus qu'entre le père et la mère, le premier l'emporterait. S'il était *alieni juris* il acquerrait pour le compte de l'aïeul. S'il était *sui juris*, la mère en somme aurait écarté l'aïeul sans rien recueillir elle-même.

Le père naturel n'a le pas sur la mère qu'autant qu'il est lui-même resté dans la famille. Mais à la mort de son fils, il peut se trouver émancipé ou dans une famille adoptive. Il ne viendrait à la succession qu'en l'absence d'agnat, et devrait en outre partager avec elle, la cognation seule lui donnant en ce cas des droits héréditaires.

L. 2, §§ 17 et 18, *eod. tit.*

C. Enfin la mère voyait encore ses droits paralysés par la présence de frères consanguins du défunt. Ce sont les seuls agnats qui passent avant elle. Si le défunt ne laisse que des frères et sœurs, la mère ne reçoit rien. Ne laisse-t-il au contraire que des sœurs même consanguines, la mère leur enlève la moitié de la succession, quel que soit leur nombre. La consanguinité produit les mêmes résultats qu'elle dérive de la parenté naturelle ou qu'elle provienne de l'adoption.

Ulp., XXVI, § 8.

L. 7, D. *eod. tit.*

La mère était préférée à tous les autres parents. Parmi les personnes qui l'excluaient, la loi romaine place le père et les frères et sœurs consanguins. C'est, comme nous le disions, un reste de la théorie de l'agnation et de ses effets, théorie que le droit civil conserve presque aussi complètement que le préteur et cela choque les idées modernes, habitués que nous sommes à mettre dans la classe des ascendants le père et la mère sur la même ligne. Justinien seul devait accomplir cette réforme.

Le règlement des droits de la mère ne présente aucune difficulté quand elle se trouve en face d'une seule catégorie

d'héritiers que nous venons d'examiner. Mais s'il y a concours de plusieurs d'entre elles, la situation peut se modifier au profit ou au préjudice de la mère. Nous avons vu les deux résultats se produire, je n'ai pas besoin de les rappeler ici.

Il faut ici généraliser l'observation que nous avons faite à propos des enfants se trouvant en présence de la mère. Toutes ces personnes ne font obstacle au droit de la mère que quand elles viennent à la succession. Quand on est sûr qu'elles n'hériteront point, le droit de la mère s'ouvre. Si leur droit est simplement incertain la vocation de celle-ci est suspendue et non écartée définitivement. En un mot, il y a lieu à *successio*, à dévolution d'un degré ou d'un ordre à l'autre (73).

Disons enfin que la femme vient comme cognate et comme agnate. La cognation la fait succéder même à ses enfants naturels (74) au rang fixé par le jurisconsulte. De plus, la cognation n'est pas entamée par la *capitis deminutio* qui ne produit ici aucun effet. D'autre part c'est l'empereur qui place la mère à ce rang et lui donne la qualité d'héritière légitime du droit civil ; elle passe comme légitime avant tous les autres cognats.

Telle est la réforme opérée par le sénatus-consulte Tertullien, il avait envisagé une des faces de la question la succession de la mère à ses enfants : le sénatus-consulte Orphitien allait régler la situation inverse.

SECTION II

Sénatus-Consulte Orphitien

La loi des XII n'appelait pas les enfants à la succession de la mère parce qu'elle n'avait pas la puissance paternelle et n'avait

(73) Maynz : t. III, page 221, notes 13 et 14. — Wangerow : t. II, § 408.
— Vering : Römisches Erbrecht, page 635.

(74) La mère ne pourra guère rencontrer en ce cas devant elle que des *sui*.

par conséquent pas d'héritiers siens. Cette situation si contraire à l'équité et aux affections du cœur, ne fut pas modifiée par le prêteur; nous avons dit pourquoi il ne pouvait étendre à cette hypothèse son action bienfaisante. Vingt ans environ après le sénatus-consulte Tertullien, sous le consulat d'Orfilus et de Vettius Rufus, les empereurs Marc-Aurèle et Commode firent lire au Sénat une *oralio*, en vertu de laquelle la succession légitime de la mère, *etiam sine in manum conventionione* était déférée à ses enfants à l'exclusion des consanguins et autres agnats. Ce fut le sénatus-consulte Orphitien.

Ulp., XXVI, § 7.

L. I, D. XXXVIII, 17.

Tous les enfants succèdent pourvu qu'ils soient citoyens romains et qu'ils n'aient pas souffert la *maxima capitis deminutio* (75).

L. I, §§ 8 et 6, *eod. tit.*

On ne distingue pas non plus suivant qu'ils sont *sui* ou *alieni juris* légitimes, naturels, ou même *vulgo concepti*, du sexe masculin ou du sexe féminin, ou suivant que la mère est affranchie ou ingénue. Ils excluent tous les héritiers appelés par l'ancien droit civil, c'est-à-dire tous les agnats, jadis les plus proches héritiers de la femme.

Disons enfin que le sénatus-consulte n'appelle que les enfants proprement dits, c'est-à-dire les enfants du premier degré seulement. S'ils renonçaient à la succession, il y avait lieu à l'application du *jus antiquum* et l'hérédité était dévolue à l'ordre que le sénatus-consulte avait pour but d'écarter.

(75) Il est impossible, en effet, que la jurisprudence romaine ait donné aux enfants un droit successoral dans la fortune maternelle alors qu'ils avaient subi une *maxima cap. dem.*. Aussi, avec Wangerow, lisons-nous dans la l. 1, § 6 *eod. tit.* : *qui rei capitalis damnatus est atque restitutus est* au lieu de *neque restitutus est*, ou au moins, si on conservait le texte primitif à penser qu'il s'agit d'un individu dont l'*existimatio* a été fort diminuée, mais non absolument effacée (Wangerow, T. III, § 408).

Le droit dont l'enfant est investi procède du droit civil et l'enfant succède en qualité de *legitimus* (76).

SECTION III

Constitutions postérieures

Entre les actes législatifs que nous venons d'examiner et les nouvelles de Justinien, il y eut encore de nombreuses constitutions tranchant des questions de détail. Si abondantes qu'elles soient, elles n'ont pas réalisé de grands progrès. Elles tendent généralement à favoriser les cognats et à faire disparaître les agnats, mais elles procèdent sans méthode, sans ordre préconçu. De là, de nombreuses contradictions, des retours en arrière, des systèmes bâtards. Nous n'avons point la prétention de les étudier toutes ; nous citerons simplement les principales sans nous y arrêter davantage.

I. — Le sénatus-consulte Orphitien appelait à la succession de la mère les enfants au premier degré seulement. Une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, rendue en 389, appela les petits-enfants à la succession de leur grand'mère paternelle et de leurs ascendants maternels. Mais, prenant ainsi la part de leur auteur prédécédé, ils devaient en abandonner un tiers aux enfants appelés à la succession par le droit antérieur ; à leur défaut, la déduction était d'un quart à remettre aux agnats des ascendants.

(76) Citons à titre de curiosité juridique l'espèce rapportée au § 5 de la loi 1, h. t. et gravement discutée par les jurisconsultes. La mère est morte dans les douleurs de l'enfantement et l'enfant doit le jour à l'opération césarienne. L'enfant héritera-t-il bien qu'il soit né depuis la mort de sa mère ?

Justinien supprima ce quart, puis ce tiers, si bien que les descendants agnats et cognats eurent le même droit. Ce même empereur étendit de plus la vocation héréditaire aux descendants *in infinitum*.

L. 9., C. VI, 55. *De suis et legit.*

L. 12, C. eod. tit.

Nov. XVIII, cap. 4.

II. — Quant au droit donné à la mère par le sénatus-consulte Tertullien, il fut dans la suite tantôt augmenté, tantôt réduit.

Constantin décida que la mère, alors même qu'elle aurait le *jus liberorum*, devait concourir non-seulement avec la sœur consanguine, mais encore avec l'oncle paternel et les descendants de celui-ci jusqu'au deuxième degré, sans qu'on tînt compte de la *capitis deminutio*. Mais la mère, qui, en face de sœurs consanguines, prenait la moitié, put en face de ce nouvel ordre d'héritiers, prendre les deux tiers. Si elle n'avait point le nombre légal d'enfants, l'oncle paternel prenait les deux tiers, et la mère n'avait que le troisième tiers.

Quant aux droits des enfants et des frères de l'enfant décédé, rien ne fut changé jusqu'à Valentinien et Valens. Mais ces princes opérèrent une réforme procédant logiquement de la précédente. Ils décidèrent en effet que le frère émancipé du défunt, qui jusqu'alors ne venait que comme cognat et se trouvait exclu par la présence de la mère, aurait des droits analogues à ceux de l'oncle paternel et de ses descendants, et recevrait un tiers de la succession. D'autre part, ils réduisirent le droit du *patruus* à un tiers en toute occurrence.

LL. 1 et 7, C. Th. V, 1, *de leg. her.*

L. 2, C. VIII, 59, *de jure liber.*

Inst., III, 3, § 5.

Justinien opéra ici une réforme très-importante. D'abord, il supprima le *jus liberorum* ; il fit passer la femme avant l'oncle paternel et les autres agnats. La mère dut concourir avec les frères et sœurs : dès qu'il y avait des frères, elle n'avait droit

qu'à une part virile ; s'il n'y avait que des sœurs, elle prenait la moitié de toute l'hérédité : la novelle XXII (cap. 47) même en ce cas la réduisit à une part virile.

Si l'enfant est décédé *sui juris*, les frères et sœurs survivants héritent de leur frère et se partagent la propriété *pro virili parte*, le père et la mère gardant l'usufruit du tout. Si au contraire l'enfant est décédé *in sacris patris* (77), le père garde entier l'usufruit qu'il avait du vivant de l'enfant, et la mère partage la nue-propriété avec les frères et sœurs du défunt. En l'absence de frères et de sœurs du défunt, l'ancien droit s'applique et la mère est écartée par le père ; sinon, elle-même exclut tous les autres.

III. — Rappelons en passant la constitution d'Anastase, dont nous avons parlé dans un précédent chapitre, réforme complétée par Justinien. Anastase permet aux frères et sœurs émancipés de concourir, quoique pour une part moindre, avec les frères et sœurs restés dans la famille. Puis Justinien plaça sur la même ligne que les agnats, les frères et sœurs utérins, et, à leur défaut, les descendants des frères émancipés ou utérins, ou d'une sœur quelconque.

IV. — A côté de toutes ces réformes de détail, il s'en était produit une bien autrement importante. Elle portait non plus sur des points particuliers, mais sur les principes mêmes, et constituait presque une révolution. On se rappelle qu'à l'origine, le *pater*, chef absolu de la famille, était aussi le maître tout-puissant de son patrimoine. Sous sa direction, les enfants et les esclaves cultivaient le sol et faisaient valoir les biens ; mais le fruit de ces travaux était acquis au père, qui seul avait l'aptitude à être propriétaire. Les fils de famille en puissance ne pouvaient

(77) Cette expression reprise au très-ancien droit et signifiant *in potestate* est bizarre dans la bouche de Justinien. Pour la clarté de nos explications, disons que sous Justinien la qualité d'*alieni juris* n'empêche pas d'hériter pour son compte.

rien posséder en propre ; leur individualité disparaissait, s'absorbait tout entière dans la personnalité du père de famille ; mais peu à peu ces principes si rigoureux commencèrent à fléchir. On trouva inique d'enlever au fils tous les produits de son travail et de son industrie pour les remettre à son père, alors surtout que ce père pouvait, par son testament, en dépouiller définitivement son enfant. C'est à ce moment que naquit la théorie des pécules *castrense*, *quasi-castrense* et *adventitium*.

La première exception admise par les Romains devait porter et porta sur les biens acquis par le fils dans les labeurs et les périls de la guerre : bénéfices dans le butin, économies sur la solde, enfin toutes les libéralités reçues par l'enfant en considération de sa qualité de militaire. Sur ces biens il obtint dès le temps d'Auguste, tous droits de disposition et put, à partir d'Adrien (78) les léguer, les transmettre à un héritier. S'il n'avait point usé de ce droit, les biens revenaient au père, comme dans le droit antérieur, lui revenait le pécule dont il avait confié l'administration à son fils ou à son esclave. Justinien alla plus loin et décida qu'il s'ouvrirait à propos du pécule une véritable succession *ab intestat*, que le pécule n'appartiendrait aux ascendants qu'à défaut de descendants ou de frères et sœurs du défunt, et qu'il leur appartiendrait *jure communi*.

Inst., II, 12, pr.

Une grande controverse s'est élevée sur cette expression *jure communi*. Les uns (79) disent : le père vient en vertu du droit commun, c'est-à-dire du droit qui régit la transmission des pécules : il recueille donc *jure peculii*. D'autres auteurs (80)

(78) M. Maynz fait remonter la capacité de tester reconnue au fils sur son pécule *castrense* à Auguste, Nerva et Trajan. (Maynz, III, 104).

(79) Ortolan : t. III, p. 29. — Wangerow : II, § 409, IV. — Vering : op. cit., p. 640.

(80) Maynz, III, page 104. — Accarias, t. I, § 297.

Nous ne voulons pas discuter ici un système intermédiaire mentionné

repoussent cette solution et prétendent que le droit commun, dont il s'agit ici, est celui qui régit les biens d'un individu mort sans testament. Nous croyons cette seconde opinion mieux établie que la première. D'après le droit commun, sous Justinien, les biens acquis *aliunde quam ex substantia patris*, ce qui est bien le cas ici, sont considérés comme adventices et forment à l'enfant un véritable patrimoine, dont il est le maître absolu. Justinien assimile ces biens aux gains nuptiaux dont nous verrons le sort tout à l'heure. De plus, dans la transmission du pécule, l'empereur suit l'ordre qu'il a adopté pour la délation de toute hérédité (81).

L. 6, § 1, C. VI, 61. *De bonis, quæ liberis...*

Le pécule *quasi-castrense* fut créé par Constantin en 321 pour les fils de famille ayant un emploi à la cour et y comprit tous les gains faits à l'occasion de ce service. On l'assimila peu à peu au pécule *castrense*.

L. unic., C. XII, 31.

Inst., II, 11, § 6.

L. 27, pr., C. III, 28.

Ces pécules et les règles spéciales qui les régissaient, formaient en somme un privilège dû à la position sociale de certains fils de famille et réduit à certains biens. Il fallait reconnaître à tous les fils de famille et sur tous leurs biens par eux reçus d'autres que de leur père un droit exclusif et absolu. Les biens donnés

par Wangerow; on devrait distinguer dans ce pécule les *bona castrensia profectitia* dévolus au père *jure peculii* des *bona castrensia adventicia* transmis *jure hereditario*. Cette distinction difficile à comprendre est absolument arbitraire.

(81) L'intérêt de la question se présente à plusieurs points de vue. La transmission *jure peculii* n'exige pas d'adition, n'oblige aux dettes que jusqu'à concurrence du pécule et limite la poursuite à un an. La transmission *jure hereditario* impose une adition, mais permet une répudiation, oblige aux dettes à perpétuité et pour le tout. La solution admise dans un sens ou dans l'autre devait avoir des conséquences très-importantes.

par le *pater* pouvaient rester soumis aux règles ordinaires sur les pécules, mais il en était d'autres qui devaient y échapper. Quand, par exemple, le sénatus-consulte Orphitien faisait passer aux enfants la fortune de leur mère et faisait d'eux ses héritiers présomptifs, était-il logique de laisser ces biens retourner au père au préjudice des descendants? Nous ne le croyons pas. Ce n'est toutefois qu'assez tard qu'on en vint à cette solution.

Il faut descendre jusqu'aux empereurs Théodose et Valentinien pour trouver une disposition prise sur cette question.

L. 3, C. VI, 61. *De bon. quæ liber.*

Ils créent un véritable droit successoral pour une catégorie des biens du fils de famille, pour ses *lucra nuptiala*, qui furent désormais dévolus aux enfants de celui-ci *jure hereditatis*, et non au père *jure peculii*. Ce n'est qu'à défaut des enfants qu'ils passaient au père ou à l'aïeul, le *pater* ayant l'usufruit, l'ascendant le plus proche recueillant la propriété. Léon et Anthémios restreignirent encore le droit du père et lui préférèrent les frères et sœurs germains et les demi-frères et les demi-sœurs du défunt. Il ne s'agissait toujours que des *lucra nuptiala*, le reste du patrimoine retournant toujours au chef de la famille. *Jure peculii*. Ce fut seulement Justinien qui étendit cette règle aux *bona materna et materni generis* et leur appliqua l'ordre successoral établi par les empereurs Léon et Anthemius.

L. 11, C. VI, 59, *communia de succ.*

L. 7, § 1, C. VI, 56. *Ad. S. C. Tert.*

Enfin, tout le patrimoine adventice de l'enfant et non plus seulement ce qu'il tenait de sa mère ou de ses parents maternels tomba sous le droit commun et se transmet désormais, quant à la propriété, comme le patrimoine d'un individu *sui juris*. L'usufruit resta toujours réservé au père qui l'avait déjà du vivant de l'enfant, et la mère acquit, elle aussi, le droit de concourir pour la nue-propriété et suivant certaines distinctions déjà connues avec les frères et sœurs de l'enfant décédé.

V. — Il était deux situations analogues à celle que nous

venons d'examiner. On se trouvait en face d'un lien de puissance enlevant à l'individu, qui y était soumis, tout droit héréditaire dans la succession de certaines autres personnes.

Et d'abord l'enfant émancipé. En vertu des principes du droit civil, il n'y avait pour lui aucun droit successoral actif ou passif. Nous savons comment le préteur l'admit à la succession de ses parents en rescindant en somme l'émancipation. Réciproquement, les constitutions impériales écartèrent de son hérédité ceux qu'y appelaient des droits de patronat au préjudice des héritiers du sang. Ainsi, une décision de Gratien, Valentinien et Théodose rejette le *parens manumissor* au second rang pour placer au premier les enfants de la fille émancipée défunte. On élimina par *a fortiori* en quelque sorte le *manumissor extraneus* aux droits duquel la *B. P. unde decem personæ* avait déjà porté une atteinte très grave. Sous Justinien, la forme nouvelle adoptée pour l'émancipation ne soulève plus ces questions et la succession se règle d'après les principes que nous avons exposés et qui sont puisés dans la

L. 7, § 1, C. VI, 56. *Ad. S. C. Tert.*

Voir sur les réformes sus-énoncées :

L. 4, C. VI, 57. *Ad. S. C. Orph.*

LL. 11 et 13, C. VI, 58. *De legit. hered.*

L'adoption entraînait aussi disparition de tous droits héréditaires entre l'enfant adopté et son ancienne famille, sans qu'ils pussent renaître si l'émancipation le faisait sortir de sa nouvelle famille (32). Le préteur, à certaines conditions, l'appelait dans cette dernière hypothèse à la succession de ses parents naturels. Nous ne trouvons pas d'autres réformes sur cette importante question. Justinien opéra, en cette matière, une véritable révolution tant au point de vue des formes qu'au point de vue des

(32) Sous le nom générique d'adoption, nous comprenons aussi l'adrogation qui n'en diffère que par le caractère de la personne adoptée.

effets. Ce prince crée en somme deux adoptions, l'*adoptio plena* et l'*adoptio minus plena* distinguant suivant que l'adoptant est un ascendant de l'adopté ou un étranger. Si l'adoptant est un *extraneus*, l'adopté courait un grand danger avant Justinien : perdant par le fait de l'adoption tout droit dans sa famille originaire, il pouvait en outre se trouver dépouillé des droits qu'il avait acquis dans la famille adoptive, par une émancipation contre laquelle il n'avait aucun recours. Pour ce cas, l'empereur décide que l'adopté reste sous la puissance de son père naturel, ne change pas de famille, et, par conséquent, conserve sa vocation successorale dans sa famille originaire, comme s'il n'y avait pas eu d'adoption. D'autre part, il est appelé à la succession *ab intestat* de l'adoptant, et, s'il y vient, ce sera comme *sui heres* ; nul secours d'ailleurs ne lui est donné au cas où ce droit lui serait enlevé par une émancipation ou un testament qui l'exhérerait ou l'omettrait.

G., II, §§ 136 et 137.

Inst., III, 1, §§ 10 à 12.

L. 10, pr., C. VIII, 48, *De adoptione*.

L. 10, §§ 1 et 2. C. eod. tit.

Voyons la seconde hypothèse : l'adoptant est un ascendant, non investi, il faut le supposer, de la puissance paternelle (83). L'empereur maintient tous les effets anciens de l'adoption : c'est l'*adoptio plena*. L'adopté est, en effet, à l'abri de tout péril. Si l'adoption subsiste, l'adopté succède encore *jure pretorio* à son ancien *pater* ; est-elle rompue, l'adopté se retrouve investi *jure pretorio* des droits qu'il aurait eus comme descendant à l'hérédité de l'adoptant en l'absence de toute adoption. Ces résultats se produisent, si l'adoptant est un ascendant paternel. Mais si c'est un ascendant maternel, la position de l'adopté est loin d'être aussi sûre. *Durante adoptione*, il est écarté de toute suc-

(83) On peut supposer que l'adoptant est un ascendant maternel, l'aïeul d'un enfant conçu et né après l'émancipation de son père.

cession même prétorienne à son père naturel. L'entrave peut n'être brisée par l'émancipation qu'après que cette succession a été partagée et liquidée. Il ne lui reste plus qu'une vocation *unde cognati* dans la succession de l'ascendant maternel. Nous verrons que la Novelle CXVIII fit disparaître cet inconvénient lorsqu'elle mit sur le même pied tous les descendants tant par les hommes que par les femmes.

L. 3, §§ 7 et 8, D. XXXVII, 4. *De bon poss. cont. tab.*

Inst., III, 1, §§ 13, 14.

L. 10 pr. et §§ 1, 2, 3, G., VIII, 48.

Nous nous arrêterons ici dans l'examen des diverses dispositions législatives contemporaines de l'empire pour résumer en quelques mots l'œuvre des constitutions impériales. Leur tendance commune est de faire disparaître la parenté civile pour la remplacer par la parenté naturelle. C'est l'idée que l'on retrouve au fond de toutes les décisions de détail que nous avons énumérées plus haut. C'est la cognation qui remplace l'agnation en fait sinon en droit et de là plusieurs conséquences importantes.

On comprend que dans l'ancien droit, le changement d'état, la *capitis deminutio*, ait pu rompre des liens fictifs de la *suitas*, de l'*agnatio*, de la *gentilitas* et que, l'état social de divers individus étant changé, leurs relations successives réciproques, si nous pouvons ainsi parler, se trouvassent modifiées du même coup. Mais la *capitis deminutio* ne pouvait atteindre la parenté naturelle, qui subsiste malgré tous les événements ; aussi, en principe dans le Droit impérial, qu'elle se produise chez le défunt ou chez l'héritier, elle n'influe pas sur la vocation héréditaire des appelés. Sans doute, il ne faut pas aller trop loin et dire, par exemple, que la perte de la cité ou de la liberté est ici de nul effet : les textes établissent formellement que ces *capitis diminutiones* suppriment les droits successoraux passifs ou actifs.

Paul, IV, 10, § 2.

Inst., III, 6, § 10.

L. 2, § 8, D. XXXVII, 17. Ad. S. C. Tertull.

Mais si l'esclave ou le pérégrin ne peuvent ni laisser ni recueillir d'hérédité *ab intestat*, reconnu par le droit romain, cela tient à des considérations politiques et non pas seulement à ce que la *capitis deminutio*, qui a donné l'une de ces qualités à tel individu, a rompu par ce fait les liens de cognation qui le rattachaient à sa famille restée libre et romaine. Aussi Justinien a-t-il pu dire : « *Sciendum autem est, hujus modi successiones, quæ a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege XII Tabularum deferuntur.* »

Inst., III, 4, § 2.

La parenté civile résultait du lien de la puissance paternelle qui absorbait tous les membres de la famille dans une seule et même individualité. Mais nous avons vu comment cette organisation de la famille romaine, fondée sur des raisons d'ordre politique, avait subi de nombreuses réformes imposées par des mœurs nouvelles et par les progrès de la civilisation. C'est ainsi, par exemple, que les pécules *castrense* et adventices avaient altéré profondément et même dénaturé la constitution de la famille. Il résultait de tous ces changements que la relation de chef à sujet de la puissance, n'avaient plus guère qu'un intérêt théorique : la cognation en était parfaitement indépendante. Aussi voit-on les nouvelles successions échoir à des personnes *alieni juris* : les fils de famille dans le droit des Institutes, du Code et du Digeste peuvent laisser et recevoir une succession.

Il est cependant resté quelque chose de l'ancien principe que le lien de puissance est la condition de la vocation héréditaire et de cet autre principe : encore que nous acquérons par les personnes qui sont soumises à notre pouvoir. En premier lieu, Justinien et tous ses prédécesseurs confirment les droits des agnats compris dans la classe des *legitimi* ; ils y font bien entrer certaines personnes dont la présence y semble déplacée, mais ils respectent, bien qu'en y dérogeant souvent, l'ancien droit des Quirites. En second lieu, si le père n'acquiert plus la pleine propriété

des biens qui adviennent aux enfants soumis à sa puissance il n'a pas perdu tout droit : car la loi lui réserve l'usufruit de ces choses dont les enfants conservent la nue-propriété. Et cet usufruit n'est nullement comparable à notre usufruit légal ; ce n'est pas comme chez nous une récompense et une compensation des soins que le père donne à l'enfant et des frais qu'il fait pour son éducation. A Rome, l'usufruit paternel dure alors même que l'enfant peut se suffire à lui-même, alors même qu'il a dépassé l'âge de vingt-cinq ans ; il subsiste au profit du père jusqu'à la mort de celui-ci. Qu'est-ce donc, sinon la réduction de l'ancien droit absolu du père sur les acquisitions de son enfant ?

Si l'on veut faire le tableau des ordres successoraux avant la Nouvelle CXVIII, on peut le dresser ainsi qu'il suit (84) :

I^{er} ORDRE. — *Succession des descendants.*

Le défunt est un *homme* ; viennent les *sui* et ceux que le préteur met sur la même ligne, les *liberi*, en y comprenant, d'après les constitutions impériales, les enfants de la fille du défunt.

Le défunt est une *femme* ; viennent ses fils, ses filles et leurs enfants par représentation et *per stirpes*.

II^e ORDRE. — *Succession des legitimi.*

Viennent les personnes suivantes dans l'ordre ci-après indiqué :

- 1^o Le père, la mère, les frères et les sœurs germains (85) ;
- 2^o Les frères et sœurs consanguins et utérins ;

(84) Vering : op. cit., page 643. — Wangerow, t. II, § 410, D.

(85) Si l'enfant est *sui juris* émancipé par le père, celui-ci vient comme patron. S'il est *sui juris* non émancipé, le père vient comme ascendant. Van Wetter, II, § 323, note 35.

(86) On sait que Justinien a rendu leur rang et leurs droits aux agnates écartées par la jurisprudence voconienne.

3° Les agnats et les agnates (86) du troisième degré, et, avec eux, les enfants de frères et sœurs prédécédés ;

4° Les agnats d'un degré plus éloigné suivant la proximité du degré.

III^e ORDRE. — *Succession des cognats.*

Dans cet ordre, on appelle tous les cognats jusqu'au sixième degré. On appelle de plus au septième ceux qui sont fils de cousins issus de germains. La proximité du degré décide de la vocation héréditaire, et la succession a lieu par têtes et non par souches.

On admet la *successio ordinum et graduum* (87).

(87) Voir les textes cités par M. Rivier, pages 162 et 163 et notamment : Just., III, 9, § 3.



DEUXIÈME PARTIE



NOVELLE CXVIII



CHAPITRE I^{er}

Principes de la réforme de Justinien



Les réformes que le droit prétorien et le droit impérial avaient introduites dans le système consacré par la loi des XII Tables, avaient profondément modifié le régime successoral primitif au profit de la parenté naturelle, qui se trouvait, presque à tous les degrés, mise sur la même ligne que l'agnation du droit civil. Nous avons expliqué en temps et lieu que's étaient les motifs de ces changements, et comment l'ancien ordre des successions, intimement lié à l'organisation sociale de la Rome antique, était fatalement condamné à disparaître, lorsque la marche de la civilisation et des mœurs romaines aurait créé un nouvel état de choses. Si nous envisageons le droit consacré par la loi des XII Tables et si nous lui comparons le droit en vigueur après la rédaction du Code et des Institutes, nous constatons qu'une révolution considérable s'est accomplie. Le principe sur lequel se fondait la législation primitive a été mis à l'écart et une idée

inconnue des législateurs de ces premiers âges est venue prendre sa place. Mais là où les contemporains d'Appius Claudius auraient vu une profanation et presque un sacrilège, nous disons, avec nos idées modernes, qu'il y a eu un immense progrès réalisé. Et pourtant les deux lois réglant la vocation des héritiers du défunt, ont sans doute la prétention de suivre la volonté du *de cujus*. Mais, comme l'a si bien dit M. Giraud, la loi des XII Tables fait le testament du citoyen tout puissant sur sa famille et son patri-moine qu'il gouverne pour le plus grand bien de l'Etat : les enfants qu'il a jugé à propos de faire sortir de sa famille, elle ne peut sous aucun prétexte les y faire rentrer, annuler en quelque sorte cette proscription dont il les a frappés. Tout autre est le point de départ du droit prétorien et du droit impérial : on fait le testament de l'homme privé, non plus du *paterfamilias*, mais du père. Les préoccupations politiques ne sont plus de saison : les Césars gèrent l'empire et sa fortune. La famille se replie sur elle-même et ses membres cherchent, en s'appuyant les uns sur les autres, à oublier les malheurs publics et les douleurs de l'heure présente. Le Romain est moins occupé au forum, les liens de la famille acquièrent sur lui plus d'empire et il comprend qu'avant d'être citoyen, il est homme. On conçoit alors comment la parenté naturelle obtient une influence de plus en plus grande et finit, en somme, par exclure la parenté fondée uniquement sur le lien politique.

Mais, si considérable qu'ait été le progrès, tout n'était pas fini. On connaît le respect religieux des Romains pour cette œuvre sacro-sainte qu'on appelle la loi des XII Tables, ils s'étaient bien donné garde d'y toucher et, en opérant les changements les plus graves et les plus considérables, ils en avaient maintenu le texte intact. La loi des XII Tables régissait encore nominalement les Romains sous les prédécesseurs de Justinien (88).

(88) Elle régnait, mais ne gouvernait plus, a dit un jurisconsulte d'esprit.

A la législation établie par elle étaient venues s'ajouter la législation prétorienne et les règles formulées par les constitutions impériales. Il y avait ainsi sur le régime successoral, trois lois parallèles et contradictoires, dont la combinaison et la conciliation absorbaient toute l'activité intellectuelle des jurisconsultes romains. Suivant l'impulsion donnée par les siècles précédents, Justinien ne fit d'abord qu'ajouter quelques mailles à ce réseau inextricable d'édits et de constitutions ; il essaya de les coordonner dans son Digeste et dans son Code, de les résumer dans ses Institutes. Il s'efforçait de combler les lacunes, de compléter les réformes inachevées, de créer en quelque sorte un ensemble. Mais c'était tenter une œuvre impossible, que de vouloir réunir en un tout homogène ces décisions disparates et incohérentes (89). Ce ne pouvait être qu'une compilation. La science de Tribonien et de Théophile était impuissante à adapter aux idées nouvelles les règles fondées sur un principe diamétralement opposé.

L'insuffisance des grands recueils législatifs publiés par Justinien s'était donc bientôt fait sentir, surtout en matière de succession, et, neuf ans ne s'étaient pas écoulés depuis la seconde édition du Code, quand parut la Novelle CXVIII rédigée en 543 (90), bientôt suivie par la Novelle CXXVII qui la compléta.

« La Novelle CXVIII de Justinien est devenue la base du droit
« civil européen, en matière de succession. Elle a triomphé du

(89) On peut en citer un exemple. Les Pandectes reproduisent la théorie des jurisconsultes des II^e et III^e siècles sur la *bonorum possessio* prétorienne. Le Code, au contraire, tient compte de ce que la suppression du système formulaire a fait disparaître les actions fictices et semble ne parler de la *bonorum possessio* que comme d'une institution sortie des mœurs et des usages.

(90) Accarias, t. II, § 469. — Maynz, III, page 299. — M. Giraud et quelques autres jurisconsultes reportent à l'année 544 la rédaction de la Novelle (passage cité ci-dessous).

« droit féodal, et son esprit domine aujourd'hui dans les lois de
« presque tous les peuples civilisés. La cause de ce succès est
« facile à saisir ; la règle écrite dans la Novelle est la traduction
« simple et vraie, non d'une loi de la politique, mais de la loi de
« la nature elle-même, au moins dans son principe, sinon dans
« ses détails. — Aussi, chose digne de remarque, la Novelle
« CXVIII se distingue, dans la collection des autres lois du
« même prince, par une clarté de rédaction, qui lui fait une place
« à part au milieu des monuments diffus, compliqués et sou-
« vent inintelligibles de la législation byzantine de cette
« époque (91). »

Dans la préface, Justinien montre qu'un des motifs qui l'ont poussé à publier la Novelle, c'est l'abondance de lois contradictoires et le besoin urgent d'une loi claire et concise à la fois. *Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas inveniētes per quas non justa differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones per præsentem legem clara compendiosaque divisione disponere.* Aussi l'empereur fait-il table rase de toutes les lois encore existantes, et déclare-t-il que les successions seront désormais régies par la Novelle et par elle seule. *Itaque, prioribus legibus pro hac causa positis vocantibus, de cætero ea sola servari, quæ nunc constituimus.*

La partie de la préface que nous avons citée, ne nous éclaire pas seulement sur le motif pour lequel la Novelle a été publiée, elle nous montre encore et d'une façon fort nette quelle est la base, le fondement même de ses dispositions, ce qui constitue l'originalité de cette Novelle. Justinien rompt formellement avec le passé ; ce que n'avait osé faire aucun de ses devanciers, quoi-

(91) Giraud : Novelle CXVIII. *Journal des Savants*, année 1877, page 495,

que c'eût été dans la pensée de tous, il abroge franchement le principe posé par la loi des XII Tables, principe qui n'était plus qu'un vain simulacre et dont le seul effet était de paralyser les réformes les plus justes, les plus nécessaires. Le prince déclare que désormais l'agnation est supprimée et avec elle la distinction entre la parenté masculine et la parenté féminine ; on ne tiendra plus compte à l'avenir que de la *cognition*, c'est-à-dire de la parenté du sang. Les précédents empereurs appelant à la succession les petits-enfants issus d'une fille, n'avaient pu leur donner tous les droits des petits-enfants nés *ex filio*, et avaient réduit leurs droits d'un tiers pour le cas où ils concouraient avec des *sui*. Pourquoi ? c'est qu'ici le droit ancien liait les bras au législateur. Ces petits-enfants étaient complètement étrangers à la famille de leur grand-père maternel, cela en vertu du droit civil, et il eût été trop choquant que, les y faisant rentrer, on les mît sur le même pied que les fils ou les descendants par les fils. Le préteur, lui aussi, avait vu trop souvent ses efforts paralysés par ce vieux droit. Il avait bien réussi à annihiler les effets de l'agnation dans les premiers degrés de l'ordre successoral ; mais il avait dû s'arrêter là et jamais il ne put empêcher le fils du *patruus* d'exclure l'*avunculus*, bien que celui-ci fût d'un degré plus proche (92).

Abolissant tout le droit ancien et déclarant l'agnation désormais sans effet, Justinien acquérait sa pleine liberté d'action et émancipait le pouvoir législatif de toute tutelle, de toute entrave. Il régla la délation de la succession sans considérer autre chose que la qualité et le degré de la parenté, sans faire de différence entre les sexes, entre la descendance par les mâles et la descendance par les femmes. Son système est simple, s'enchaîne logiquement et se montre presque en tout conforme à l'ordre ordi-

(92) Les compilations de Justinien ont expssé concurremment sans les coordonner les dispositions si contradictoires sur ce point du droit prétorien et du droit impérial.

naire de nos affections naturelles. L'empereur s'en rapporta à la loi suprême de la raison. Il reconnut que, d'une part, le propriétaire avait le droit de disposer en maître de son bien, mais que d'autre part, en l'absence de testament, la loi en distribuant son patrimoine, devait suivre un ordre présumé conforme à la volonté du défunt et à ses affections. Or, c'est un sentiment inné chez l'homme que celui qui le pousse à gratifier ceux pour qui il sent la plus vive affection, parce qu'il leur est uni soit par les liens du sang, soit par l'intimité et la communauté d'existence. L'empereur étudia le cœur de l'homme et mesura pour ainsi dire l'intensité de ses affections et de ses sentiments.

Une fois lancé sur cette voie, il reconnut bien vite que les objets les plus chers de la tendresse de l'homme sont les êtres qui descendent de lui, qui sont pour ainsi dire sa chair et son sang, qui perpétuent son nom et l'empêchent aussi de mourir tout entier. Il les a entourés de tous ses soins, les a formés à sa ressemblance, les a associés à ses joies et à ses chagrins ; il voit en eux les appuis de sa vieillesse, les amis qui lui fermeront les yeux. C'était donc à eux que revenaient en première ligne les biens du père défunt, aux fils, aux filles et à leurs descendants qui remplacent dans le cœur d'un aïeul le souvenir d'un enfant enlevé prématurément à son amour. Justinien ne faisait en cela que suivre les indications des lois précédentes en donnant aux descendants une vocation en première ligne. Mais il la leur donna plus étendue, comprenant que l'amour paternel ne fait nulle différence entre les sexes, entre les enfants qui se trouvent encore dans la famille et ceux qu'un événement quelconque en a fait sortir.

Tous les philosophes constatent que les affections de famille descendent bien plus qu'elles ne montent. Mais quand l'homme n'a pas de descendants, il concentre toute son affection sur ceux qui lui ont donné la vie, pour les entourer de son amour et les payer en quelque sorte des soins incessants et infinis qu'ils lui ont donnés à lui-même. Les peuples se sont toujours accordés pour

exalter ce sentiment qu'on appelle la piété filiale ; les Romains plus encore que tous les autres peuples devaient le tenir en honneur. La philosophie grecque, qui avait pris une si grande place à Rome, ne se trouve point seule à confirmer la tradition : le Christianisme était venu mettre le respect dû aux parents presque sur la même ligne que le culte dû à Dieu.

Outre ses père et mère, l'enfant trouve dans la maison paternelle des frères, des sœurs qui lui sont étroitement unis grâce à la communauté de vie et à l'identité d'éducation. L'amour fraternel est la plus solide et la plus durable des amitiés. La novelle CXVIII tint compte de tous ces sentiments et appela les ascendants à succéder au défunt mais en concours avec les frères et sœurs de celui-ci. Mais elle crut devoir établir une distinction, qui, croyons-nous, ne se justifie pas complètement : elle sépara les frères germains des frères unilatéraux. Sans doute l'affection qui lie les deux frères est plus forte, s'ils ont le même père et la même mère, que s'ils n'ont qu'un auteur commun. Mais était-ce une raison pour exclure complètement les frères unilatéraux au profit des frères germains, et n'appeler les premiers qu'à défaut des seconds ? C'est ainsi, par exemple, que le code français dans son article 752 et le code civil italien dans son article 740 appellent les frères unilatéraux sur la même ligne que les frères germains ; ils se bornent à réduire leur part de moitié.

Si tous ces parents venaient à manquer, la fortune du *de cujus* passait à des collatéraux plus éloignés, les plus proches primant les autres.

Prenant pour point de départ la parenté par le sang, Justinien ne donna au conjoint du défunt qu'un droit illusoire dans la succession de son époux prédécédé. Il ne l'appelle en effet qu'après toutes les personnes dont nous venons de parler. Est-ce un reste de cette vieille idée du maintien des biens dans la famille ? L'empereur espérait-il que ce vice de sa législation serait réparé par la prévoyance du défunt ? On ne sait. La part donnée à la veuve pauvre était bien minime et le maximum de cent sous d'or

qu'il lui assignait ne remplissait guère le but que se proposait l'empereur (93).

Il faut enfin remarquer avec M. Gide que Justinien consacra en matière de succession le principe de la réciprocité. « Telle est, nous » dit le savant auteur (94), l'idée qui a dicté cette célèbre loi des » successions, la plus équitable et la plus sage qui fut jamais, » laquelle, rejetant tout privilège d'agnation et de sexe, mesure » le droit de chaque parent au degré d'affection qui lui est dû, » et veut que tous ces droits soient réciproques, comme le sont » tous les devoirs de la parenté. » Jamais le droit successoral primitif des Romains n'avait connu un semblable principe. Dans les réformes successives qu'on introduisit dans le régime successoral on en tint compte, mais inconsciemment. Il appartenait à Justinien d'en faire l'application complète au droit héréditaire nouveau.

Telles sont les considérations qui ont guidé l'empereur dans la détermination des diverses classes d'héritiers ainsi fixées :

Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est, ascendentium, et ex latere :...

L'empereur semble ne reconnaître que trois catégories d'héritiers, les descendants, les ascendants et les collatéraux. Cette classification tripartite que M. Maynz qualifie un peu vivement de triviale n'est pas tout à fait exacte. Si, en effet, on combine la nouvelle CXVIII avec la nouvelle CXXVII, on trouve que dans le

(93) Cette part, qui était tantôt du quart, tantôt d'une part virile, était donnée à la veuve pauvre même en présence d'héritiers du premier degré. Sauf les codes français et belge, toutes les législations modernes ont corrigé cette injustice du droit romain et donnent à la veuve concourant avec les héritiers du premier ordre, une part tantôt en pleine propriété, tantôt en usufruit seulement. Codes du Valais et des Grisons. — Code civil italien art. 753, 754. — Code autrichien art. 757, 758, etc...

(94) Gide : *Etude sur la condition privée de la femme*, page 213.

droit nouveau la succession *ab intestato* est déferée aux cognats dans l'ordre suivant :

I^{er} ORDRE. — *Descendants immédiats à l'infini.*

II^e ORDRE. — *Ascendants les plus proches en concours avec les frères et sœurs germains et les enfants de ceux-ci.*

III^e ORDRE. — *Frères et sœurs unilatéraux.*

IV^e ORDRE. — *Autres cognats collatéraux.*

Ce sont bien en somme les héritiers signalés par Justinien et placés par lui en trois classes différentes. Seulement, le prince tient compte de la force plus ou moins grande du lien qui les unit au défunt.

Tout le monde connaît les vers mnémoniques dans lesquels on a résumé l'ordre successoral créé par la Novelle :

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus filius ejus.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Entre le troisième et le quatrième de ces vers, on en intercale souvent deux autres :

Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola.

Ces deux vers, aussi peu élégants que les quatre premiers sont incomplets, n'indiquent que d'une façon inexacte le mode de partage de la succession.

Nous allons étudier successivement chacune de ces classes.

CHAPITRE II

Des divers ordres d'héritiers

Nous avons vu que la nouvelle CXVIII établit trois classes purement cognatiques, savoir :

Les descendants, première classe ;

Les ascendants, les frères et sœurs germains, deuxième classe ;

Les collatéraux, troisième classe. Ceux-ci se divisent en trois catégories qui sont : les enfants des frères et sœurs germains ; les demi-frères et sœurs (consanguins et utérins) et leurs enfants ; enfin tous les autres collatéraux, selon la proximité du degré.

La nouvelle CXXVII, postérieure de quatre années environ, a fait entrer les enfants des frères et sœurs germains dans la classe de leurs parents et les appelle à succéder en leur lieu et place.

De la combinaison des deux nouvelles, ressort bien l'ordre que nous avons indiqué ci-dessus, et dont nous allons aborder le détail.

SECTION I

Des descendants

...*Primam esse disponimus descendantium successionem.*

C'est en ces termes que l'empereur proclame la prééminence des descendants, prééminence dont le principe avait été proclamé avant Justinien par toutes les législations antérieures.

Mais ces lois variaient dans l'application. On se rappelle que la loi des XII Tables appelait en première ligne les enfants à condition qu'ils fussent *sui*, c'est-à-dire soumis à la puissance paternelle du défunt. Les vices de cette législation avaient bientôt frappé tous les yeux. Seuls, les hommes pouvaient avoir des *heredes sui*. Tous les ascendants *per naturam* n'étaient pas appelés ; il y avait exclusion d'abord pour les descendants par les mâles, qui, au jour du décès, n'étaient pas sous la puissance du défunt, et, en second lieu, pour les descendants par les femmes, par exemple, pour les enfants de la fille du testateur.

Qu'avait-on fait pour corriger ces vices ?

D'abord pour les descendants *per masculos* sortis de la famille, le préteur établit une *bonorum possessio unde liberi* qu'il mettait sur la même ligne que les *sui* ; mais il élimine de la vocation à cette B. P. les descendants qui n'étaient sortis de la famille naturelle que pour entrer dans une famille adoptive. La B. P. différait de la vocation civile en ce qu'elle exigeait une demande et ne procédait pas de plein droit. D'autre part, au début du moins, elle ne se donnait que *sine re*. Il est vrai que, dans la suite, elle eut toujours lieu *cum re*.

Pour les descendants *per feminas* exclus par le droit civil, le préteur ne fit rien. Ce n'est qu'en 389 qu'une Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, donna aux enfants de la fille du défunt un droit à la succession de celui-ci en concours avec les *sui* et les agnats du *de cujus*. Encore s'en fallait-il que ce fût un droit complet : les petits-enfants en concours avec des *sui* du défunt n'avaient que les deux tiers de ce qu'aurait eu leur mère, en concours avec des agnats ils en avaient les trois quarts. Justinien permit à ces descendants d'exclure les agnats, et assimila les arrière-petits-enfants par les femmes aux petits-enfants ; mais au cas de concours avec des héritiers siens, ils n'ont jamais que les deux tiers de la part maternelle.

La liste des *sui* comprend de plus dans le droit de Justinien les enfants légitimés et les enfants donnés en adoption par leur père naturel à un étranger.

Enfin, la femme n'ayant point de *sui*, ses enfants ne pouvaient lui succéder que comme agnats, selon la loi des XII Tables ; sinon, comme cognats, suivant le droit prétorien. Nous avons vu comment le sénatus-consulte Orphitien, puis la Nouvelle précitée de Valentinien et de Théodose appela les enfants, puis les petits-enfants de la femme à la succession de celle-ci, ces derniers subissant encore la réduction d'un tiers au profit des *sui* et d'un quart au profit des agnats.

Quant à la succession aux personnes *alieni juris*, il n'en fut question que lorsqu'une constitution de Théodose II et de Valentinien III assura aux descendants les *lucra nuptialia* de leurs auteurs avant de la transmettre aux ascendants. Justinien soumet tous les biens adventices aux règles de la succession légitime.

De toutes ces lois et constitutions il résulte en somme que du temps de Justinien la descendance féminine était encore dans un état incontestable d'infériorité.

Dans son chapitre I, Justinien appelle tous les descendants : *Siquis igitur descendantium fuerit ei qui intestatus moritur, cujuslibet naturæ aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex fæminarum descendens, et sive suæ potestatis, sive sub potestate sit omnibus ascendentibus et ex latere cognatis præponatur* (95).

Nov. CXVIII, c. I, pr.

De cette formule si générale et si compréhensive, il résulte d'abord que l'ordre des descendants est exclusif, c'est-à-dire qu'il n'admet le concours d'aucun autre ordre d'héritiers et qu'un seul descendant si éloigné qu'il soit en degré du défunt exclut tous les ascendants et collatéraux.

(95) Ce texte montre que la Nouvelle CXVIII n'est pas un simple résumé de la législation existante. C'est ainsi que la terminologie est entièrement modifiée : on ne dit plus *liberi*, *agnatio*, mais bien *descendentes*, *cognatio*. Cette modification, à elle seule, indique nettement la portée de la réforme opérée par la Nouvelle.

Ceci posé, dans l'étude intime de cette classe d'héritiers il est un certain nombre de principes qui se déduisent de la formule donnée par l'empereur et que nous allons essayer d'exposer dans un ordre méthodique.

1° Quand il s'agit de régler la vocation des descendants, la qualité du défunt est absolument indifférente. S'il est *sui juris*, pas de difficulté. S'il est *alieni juris*, les descendants succèdent néanmoins ; car tous les biens, qu'il a, lui appartiennent absolument et définitivement, sauf les biens profectices qui restent soumis aux règles anciennes. De plus, si le défunt était *in potestate*, l'aïeul conserve l'usufruit du pécule adventice dont la nue-propriété va aux enfants.

Nov. CXVIII, c. 1, 1^{re} et 2^e phrases.

On ne distingue pas d'ailleurs suivant que le défunt est un ingénu ou un affranchi. Les descendants de l'affranchi lui succèdent, cela même s'ils sont nés en esclavage ; nous avons vu en effet que Justinien abolit la règle : *nulla est servilis cognatio*.

Enfin, on ne s'inquiète pas du point de savoir si le défunt était un homme ou une femme. La descendance masculine et la descendance féminine sont placées sur la même ligne et Justinien supprime cette réduction du tiers ou du quart imposée par le droit impérial aux descendants par les filles.

2° En ce qui touche les descendants à l'hérédité, on ne s'occupe pas non plus de la qualité des descendants. La Nouvelle CXVIII appelle les enfants, qu'ils soient posthumes ou nés du vivant du *de cujus* ; qu'ils soient demeurés en puissance, ou qu'ils soient sortis de la famille. Dans ces divers cas, il faut se rappeler que l'enfant *in potestate* doit nécessairement abandonner l'usufruit de ce qu'il recueille à l'ascendant, alors même que celui-ci n'avait pas la *potestas* avant la mort du défunt.

Quand l'enfant est sorti de la famille, il succède en tous cas, qu'il soit devenu *sui juris* ou qu'il n'ait fait que changer de puissance. La question a été controversée assez vivement au

moins en ce qui touche l'adoption qualifiée de *plena*. L'individu qui a été *plene adoptatus* conserve-t-il ses droits dans la famille naturelle et vis-à-vis de ses père et mère naturels? Pour l'enfant adopté par un étranger, nulle difficulté : il conserve ses droits dans sa famille d'origine et reste même soumis à la puissance de son père naturel. L'adoption *minus plena* n'a qu'un effet : c'est de donner à l'adopté un droit de succession *ab intestat* dans les biens du père adoptif. Qu'en est-il de l'autre sorte d'adoption? L'enfant adopté par un ascendant succède-t-il à son père : Si oui, en quelle qualité? La question se présente à propos de la Constitution de Justinien qui a créé les deux adoptions. Quelques auteurs disent que l'enfant perd tout droit à la succession de son père naturel tant qu'il reste dans la famille adoptive; d'autres l'y appelaient, mais en qualité de simple cognat (96). Pour ces deux systèmes, il s'agit de savoir si la Novelle CXVIII a maintenu l'ancien état de choses ou a innové. Une première opinion (97) soutient que l'ancien droit a conservé toute sa vigueur et voici le raisonnement qu'elle fait. Il faut reconnaître que, bien avant la Novelle CXVIII, la loi 12 (C. VI, 55) rédigée en 528 avait mis sur le même pied les agnats et les cognats. Or, deux ans après, la loi 10 (C. VIII, 48) était promulguée par l'empereur Justinien. On ne peut dire que la Novelle a abrogé la loi 10 (*de adoptionibus*) puisqu'elle n'introduit en somme aucune modification à la loi 12 (*de suis et legit. hered.*) sous l'empire de laquelle fut rédigée la loi 10.

On reconnaît que Justinien a sans doute été trop rigoureux en restreignant ainsi les droits du fils donné en adoption, puisque l'adoption ne peut rompre ce lien naturel qui unit le fils à son père. Pour nous, nous croyons ces raisons insuffisantes et le texte, comme l'esprit de la Novelle, nous forcent à repousser ce système. D'abord la Novelle veut faire prévaloir partout et tou-

(96) Voir sur ce point : Wangerow, T. II, § 412, anm. I, II.

(97) En ce sens : P. Delogú, *op. cit.* page 95.

jours le lien de parenté naturelle ; d'autre part, les termes employés sont généraux, absolus, ne souffrent aucune distinction : *Si quis descendentium... cujuslibet naturæ aut gradus...* et au chapitre 4 de la Nouvelle, nous lisons encore... *in omnibus successionibus agnatorum et cognatorum differentiam vacare præcipimus, sine propter fœminæ personam sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus tractabatur et omne sine qualibet hujusmodi differentia, secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire præcipimus*. Nous admettons donc l'opinion d'après laquelle aucune adoption ni adrogation n'opère de changement à l'égard des droits de succession dans la famille naturelle. L'*adoptio plena* rapproche le descendant de l'ascendant qui adopte et des parents de celui-ci absolument comme s'il était son fils né *ex justis nuptiis*. C'est là son seul effet, et l'enfant reste, vis-à-vis de son père, héritier du premier ordre, situation qu'une exhérédation peut lui enlever (98). Ajoutons enfin que si l'adoption a été faite par une femme, elle n'aboutit qu'à créer un droit de succession mutuel, quoique cela ait été contesté, entre la mère adoptive, d'une part, et l'enfant adopté et ses descendants, d'autre part (99).

La Nouvelle CXVIII ne distingue pas non plus entre les enfants légitimes et les enfants légitimés. On sait que la légitimation date des empereurs chrétiens. Résultant dans le principe du mariage des concubins et du rescrit du prince, elle fut plus tard possible, par oblation à la curie.

Aux enfants légitimes et légitimés, on assimile les enfants adoptifs, mais avec cette restriction : Si l'enfant n'est l'objet que d'une adoption *minus plena* il peut être exhéredé par son père adoptif, mais jamais par le père naturel. S'il est *plene adop-*

(98) Accarias : t. II, page 139, note 2. — Maynz : t. III, 299 et ss. — Van Gerow : t. II, § 412 n° III.

(99) Maynz : t. III, page 300.

tatus, le père adoptif ne peut plus l'exhérer tandis que son père naturel peut lui enlever tout droit à sa propre succession (100).

Enfin, on ne s'occupe pas de savoir si les héritiers appelés descendent du défunt par les hommes ou par les femmes.

III. — Justinien appelle les descendants sans se demander à quel degré ils sont, *cujuslibet gradus*, dit la Novelle. Mais, quoi qu'elle ne le précise pas, les enfants autres que ceux du premier degré ne succèdent que si l'intermédiaire, qui les sépare du défunt, a disparu. En ce cas, les descendants, autres que ceux du premier degré, succèdent, non plus par têtes, mais par souches. Ce partage *per stirpes* n'est pas une innovation de Justinien, il était déjà admis par une jurisprudence contemporaine de la loi des XII Tables, comme le prouvent de nombreux textes. Ainsi quand un descendant du défunt au premier degré est mort, ses enfants prennent son lieu et place, concourent avec des héritiers plus rapprochés qu'eux du défunt et n'ont ni plus ni moins que ce qu'aurait eu l'auteur qu'ils remplacent. C'est la représentation consacrée par les deuxième et troisième phrases du chapitre I^{er} de notre Novelle.

On s'est posé à ce sujet deux questions fort importantes à résoudre. La Novelle ne parle que des enfants nés *ex præmortuo filio aut filia*. La représentation n'a-t-elle donc lieu qu'au cas de prédécès et ne peut-on en droit romain comme en droit français, représenter les personnes vivantes ? L'affirmative semble bien résulter de la Novelle ; aussi certains auteurs, comme M. Wangerow, raisonnent-ils toujours dans l'hypothèse du prédécès du père que les enfants représentent à la succession de leur aïeul.

(100) C'est là une première différence entre l'*adoptio plena* et l'*adoptio minus plena*. Il y en a encore une autre : les *plene adoptati* succèdent aux ascendants de leur père adoptif, tandis que les *minus plene adoptati* ou les individus adoptés par une femme ne succèdent qu'au père ou à la mère par qui ils ont été adoptés.

D'autres romanistes prévoient la question et la majorité d'entre eux étend la représentation par les enfants au cas d'incapacité de l'héritier appelé en première ligne. On peut prendre un exemple : Le défunt a deux enfants dont l'un a subi une *maxima capitis deminutio* ; il est devenu esclave ou pérégrin : ses enfants pourront-ils concourir avec leur oncle resté vivant et capable ? La raison de douter s'induit du silence de la Novelle. On peut dire aussi que la vocation héréditaire se fonde sur le lien de parenté et d'affection qui unit le défunt à ses descendants : si l'affection du père se reporte sur les enfants de son fils prédécédé, il n'en est plus de même quand ce fils existe encore et remplit son degré. Nous croyons toutefois qu'il faut admettre ici le partage par souches. Telle était la théorie du droit ancien et rien ne prouve que Justinien ait voulu innover ; l'empereur ne s'occupe que du cas qui se présente le plus fréquemment. Si donc, les deux fils du défunt sont incapables, ou s'ils sont l'un incapable, l'autre prédécédé, le partage de la succession s'opérera *per stirpes* (101).

Quelle sera la solution à donner dans des espèces voisines de celle que nous venons d'examiner. Supposons que le défunt ne laisse que des petits-enfants, quatre par exemple, nés d'un fils prédécédé. Il semble bien qu'en cette hypothèse ils succèdent de leur chef, *jure proprio*, et que, par conséquent, il ne peut être question de représentation. Mais on sait que la Novelle CXVII donne à la veuve sans dot une quarte héréditaire, qui ne peut dépasser 100 sous d'or. Si on suppose la succession de 400 sous d'or, en admettant la représentation, on donne à la veuve le quart, c'est-à-dire 100 ; en la repoussant au contraire, on réduit la veuve à une part virile, c'est-à-dire à 80. Nous préférons admettre ici la représentation. D'abord il serait inique que la part de la femme, si peu considérable déjà, fût encore réduite par le prédécès d'un enfant du défunt. La situation ne peut être

(101) En ce sens Accarias : t. II, page 140, note 1. — Rivier : § 26.

empirée pour ainsi dire *ex post facto*. Ensuite des expressions employées par Justinien, il résulte qu'il ne donne aux descendants que la part qui fût revenue dans l'hérédité à leur auteur ... *illius filios aut filias aut alios descendentes, in proprii parentis locum succedere*, et plus loin, ... *tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset*.

Nov. CXVIII, c. I, 3, *in fine*.

Ne peut-on pas dire que la veuve pauvre est un héritier (102) du premier degré, qu'il y a inégalité de degrés entre les appelés, et que, par suite des principes, ils doivent succéder par souches? C'est la théorie consacrée par la doctrine (103).

En vertu de l'idée que Justinien se fait de la représentation, il faudra admettre la règle du partage *per stirpes* pour les cas où tous les enfants du premier degré sont morts, laissant eux-mêmes des descendants plus ou moins nombreux, plus ou moins éloignés.

En résumé donc, partage par têtes entre plusieurs descendants appelés au premier degré. Quand il y a des degrés différents en concours, on fait autant de parts qu'il y avait d'enfants au premier degré. Dans chaque souche on partage par tête, sauf encore le partage *per stirpes*, si quelques-uns des petits-enfants sont morts laissant eux-mêmes des descendants.

Ce système, qui aboutit à un fractionnement considérable de l'hérédité, peut aussi, le cas échéant, produire un cumul de parts successorales. Ainsi, l'enfant né du mariage de deux cou-

(102) M. Giraud dit que son droit, quoique susceptible de profiter d'accroissement est un droit héréditaire proprement dit, proportionnellement assujetti aux charges héréditaires, *J. des savants*, 1877, p. 576. — Voir Windscheid : t. III, § 574, note 10.

(103) Accarias : t. II, p. 140. — Vangerow : t. II, § 415. — Maynz ne fait aucune distinction. Nous ne comprenons pas pourquoi M. Demangeat, qui admet ici la représentation, la repousse en vertu, dit-il, de l'esprit de la Nouvelle, quand il s'agit de fixer la légitime des petits-enfants.

sins germains, peut représenter ses deux auteurs dans la succession de son bisaïeul, aïeul commun de ses père et mère. Le cas sans doute sera rare, mais il pourra se présenter (104).

Nous avons vu qu'aux enfants légitimes il faut assimiler les enfants légitimés et les enfants adoptifs. Quels sont les droits des enfants naturels, qu'ils soient naturels simples, adultérins ou incestueux.

Et d'abord les *enfants naturels simples*. Supposons en premier lieu qu'il s'agit de la succession de leur mère : qu'ils soient nés du concubinat ou d'une union passagère, ils viennent en première ligne à la succession de leur mère, en concours même avec des enfants légitimes et pour une part égale. C'est la disposition établie par le sénatus-consulte Orphitien, disposition que n'abrogea aucun texte postérieur (105).

L. 5, *in fine*, C. VI, 57, Ad. S. C. Orph.

Supposons que c'est le père qui est défunt. Le *spurius* dans le principe n'ayant point de père légal, ne pouvait à aucun titre lui succéder. Quant à l'enfant né *ex concubinatu* prenant parti dans une controverse assez vive, nous avons admis qu'il peut succéder à son père naturel à titre de cognat. Plus tard, il perdit ce droit et se trouva exclu même par le fisc ; puis une Constitution des empereurs Valens, Valentinien et Gratien limita à un douzième en face de descendants légitimes, à trois douzièmes en tous autres cas le droit des enfants naturels à être institués héritiers par leur père. Justinien fut plus favorable aux enfants

(104) Windscheid : III, p. 123. — On sait que ces mariages, ignorés quoique permis dans l'ancien droit romain, furent défendus par les premiers empereurs chrétiens. Mais les empereurs Honorius et Arcadius levèrent cette prohibition que ne rétablit point Justinien.

L. 19, C. V, 4, *De nupt.*

Inst., I, 10, §§ 3, 4.

(105) On décida cependant dans la suite que la mère *illustris* ne pourrait point laisser sa succession *ab intestat* à ses enfants naturels.

naturels et régla leurs droits dans la Novelle LXXXIX (106) qu'il intitule d'une façon assez singulière : *Quibus modis naturales efficiunt sui...* et qui doit être complétée par la Novelle XVIII. Le prince proteste qu'il a eu pour ainsi dire la main forcée. *Consideremus autem*, nous dit-il au chapitre 5 de cette dernière Novelle, *aliquid ad solam naturam clemens. Multi namque molesti sunt nobis semper, precesque crebræ et flentes filii*. Que ce soit ou non de son premier mouvement, toujours est-il que voici la situation par lui faite aux enfants naturels dans la succession de leur père. Si le défunt laisse des descendants légitimes ou une femme légitime, l'enfant naturel n'a pas de droit héréditaire, mais seulement une créance d'aliments à la charge des enfants légitimes : *et alimentum damus*.

Nov. LXXXIX, c. 12, §§ 1 à 6.

Si le défunt ne laisse pas d'enfants ou d'épouse légitimes, les enfants naturels reçoivent deux onces, c'est-à-dire un sixième qu'ils partagent avec leur mère par parts viriles (107). S'il n'y a point d'enfants naturels, la concubine n'a aucun droit.

Le motif de cette réduction si considérable des droits successoraux des enfants naturels en face d'héritiers quelconques est clairement indiqué par Justinien : *quia constitutiones vitium paternum refrenandum esse existimaverunt*.

L. 12, C. V. 27. *De natur. lib.*

La prévision du sort malheureux qui attend plus tard les enfants naturels empêchera-t-elle les liaisons illégitimes qui leur donneront naissance ? Grave problème qui n'est point encore résolu. Justinien va plus loin que la plupart des législations modernes et exclut complètement les enfants naturels dès qu'il y a

(106) La Novelle LXXXIX date de 540.— La Novelle XVIII dont nous allons parler, remonte à l'année 537.

(107) Nov. XVIII, c. 5.

Il faut supposer pour cela que le défunt n'avait qu'une concubine et qu'il a élevé ses enfants dans sa maison.

des enfants légitimes, en se fondant sur ce que : *non damus luxuriantibus, sed pudicis legem.*

Nov. LXXXIX, c. 12, § 5.

Si le lien du sang assurait si peu de droits aux enfants naturels, la situation des enfants nés d'un commerce illicite et immoral devrait être bien plus fâcheuse encore. C'est ce que nous allons voir.

Enfants adultérins et incestueux. D'abord, et ici, tout le monde est d'accord, ils ne pouvaient songer à succéder à leur père.

Mais les enfants adultérins pouvaient-ils succéder à leur mère, en admettant même qu'elle ne fût pas *illustris* et qu'elle n'eût pas d'enfants légitimes, alors que les enfants incestueux sont toujours exclus ? Une première opinion, soutenue par de bons auteurs, admet l'affirmative, se fondant sur la loi 6. (C. V, 5) (108). Nous croyons avec Wangerow que les enfants adultérins ne peuvent jamais succéder à leur mère. La même raison qui milite contre l'admission des enfants incestueux force à exclure les adultérins. Il y a toujours là un fait frappé par la loi positive. L'adultère et l'inceste produisent tous deux des conséquences funestes qu'il est du devoir de tout législateur de réprimer énergiquement. Les textes viennent à l'appui de cet argument de raison. La loi 6, qui s'étend à toute union criminelle, est confirmée sans nul doute par la Nouvelle LXXXIX dans son chapitre 15, dont les termes sont absolument généraux et s'appliquent aux enfants nés de toute union condamnée par la loi. Donc, et pour nous résumer, les enfants adultérins et incestueux n'ont aucun droit à la succession, les enfants naturels simples n'ont que des droits excessivement réduits. (109).

(108) Ce texte ne parle spécialement que de l'inceste : d'où l'argument. — M. Rivier se borne à dire que l'enfant issu d'un commerce adultérin ou incestueux n'a été soumis par Justinien à aucune rigueur spéciale.

(109) Accarias : T. II, pages 145 et 146.

Il faut ici faire une remarque : quand il y a des descendants de plusieurs lits la Novelle XXII décide que les biens patrimoniaux de l'auteur commun, le père ou la mère, se partageront entre tous les enfants sans distinction d'utérins ou de consanguins ; mais les biens provenant des gains nuptiaux sont attribués aux enfants nés du mariage en vue duquel ils ont été stipulés (chap. 29).

IV. — Des termes nouveaux employés par la Novelle CXVIII, il faut tirer une autre conséquence. On sait que dans l'ancien droit le *suus* était héritier sien et nécessaire, tandis que l'émancipé appelé à titre de *liber* était un héritier externe : d'où il suit que le *suus* était saisi immédiatement de la propriété et par le fait même du décès, tandis que l'émancipé a besoin de demander le *bonorum possessio*. Justinien appelle tous les descendants à la succession, mais conserve-t-il encore cette différence dans la manière d'acquérir la propriété ? Le prince ne tranche pas la question. Il nous semble cependant résulter de l'esprit de la novelle que cette distinction n'est plus admise. Justinien, en effet, ne distingue plus entre les enfants en puissance et ceux qui en sont sortis. La *suitas* n'a plus de raison d'être et doit disparaître avec les effets qu'elle entraînait jadis. Aucun descendant n'est plus *suus* et chacun doit prendre parti sur l'hérédité. De leur qualité d'héritiers externes qu'ont les descendants, il faut encore déduire ceci, c'est que le *jus deliberandi* leur est donné, à l'exclusion du *jus abstinendi* qui disparaît, que son usage leur enlève le bénéfice d'inventaire, enfin que faute d'en observer les délais, ils sont réputés avoir accepté (110).

Tels sont les héritiers qui composent la première classe. En

(110) Cette solution semble contraire aux traditions sur la qualité et les droits des descendants. Nous croyons qu'elle résulte de l'esprit de la Novelle qui repousse toute distinction et écarte les effets de l'agnation en même temps que son nom ; or, on sait que les *sui* ne sont en somme que des agnats privilégiés. — V. Accarias : T. II, page 144, note 2.

principe, ils viennent seuls et sans concours avec les autres ordres. Il est néanmoins quelques personnes avec lesquelles ils doivent partager soit la propriété, soit l'usufruit.

A. D'abord, il y a la veuve pauvre non dotée, à qui il doit être attribuée en propriété une quarte de la succession maritale avec un maximum de cent sous d'or. Le principe de cette quarte posé par la

L. 11, § 1. C. V, 17,

a été repris par les Nouvelles LIII, c. 6, et CXVII, c. 5. Si les enfants avec lesquels elle concourt, viennent d'elle, sa part se réduit en un simple usufruit.

B. Ensuite, les descendants doivent abandonner l'usufruit de la succession :

1° A leur aïeul quand leur auteur défunt était encore en sa puissance ;

Nov. CXVIII, c. 1.

2° A leur père, quand ils succèdent à leur mère et sont enfants communs de ces deux personnes. Mais ici le droit d'usufruit varie quant à son étendue, suivant que les enfants sont encore sous la puissance du père ou qu'ils n'y sont plus (111).

SECTION II

Des Ascendants et Collatéraux privilégiés

Quand le défunt ne laisse point de descendants, la Nouvelle CXVIII par son second chapitre appelle à la succession les ascendants. Si, outre ces ascendants, il y a des frères ou sœurs germains ou des enfants au premier degré de frères et sœurs germains pré-

(111) Nous ne pouvons nous étendre plus longuement sur ces droits spéciaux et renvoyons pour plus de détails à Wangerow : T. II, §§ 488 et 415.

décédés, ils forment à eux tous le second ordre d'héritiers légitimes désigné par Justinien.

Si l'on se reporte au tableau des vocations successorales que nous avons donné à la fin de la première partie de cette étude, on peut voir que le second ordre d'héritiers appelés par le droit prétorien et le droit impérial était des plus compliqués. C'est là surtout que se présentaient ces heurts et ces chocs entre les décisions de diverses autorités qui, partant sans doute d'une idée commune, mais qui, procédant par des solutions d'espèces sans plan d'ensemble, aboutissaient à des complications, à des contradictions souvent inextricables. On comprend par là la difficulté que le jurisconsulte éprouve lorsqu'il veut énumérer les héritiers de la seconde catégorie dans les années qui ont immédiatement précédé la rédaction de notre novelle. On conçoit aussi comment il y a presque autant d'énumérations que de romanistes et comment le tableau dressé par Wangerow diffère de celui que nous présente Etienne. Justinien simplifia les règles admises et régularisa la situation des héritiers appelés en fixant leurs droits et la façon dont devait s'opérer le partage.

Il nous faut étudier successivement quels sont les héritiers appelés et comment se règle leur concours.

Voyons d'abord les ascendants : nous supposons que, les descendants faisant défaut, ils arrivent seuls à la succession. On se souvient que, d'après la loi des XII Tables, les ascendants n'étaient même pas mentionnés dans l'ordre des héritiers possibles. De deux choses l'une : ou le défunt est *alieni juris* et n'ayant pas de patrimoine, il ne laisse pas de succession ; ou il est émancipé, et, si c'est le père qui l'a émancipé, il acquiert l'hérédité du fils en qualité de patron et à défaut de *sui*. Quant à la mère, elle ne succède à son enfant que si une *in manum conventio* l'a fait son agnate : il faut en outre supposer que le père était prédécédé et que l'enfant et la mère étaient tous deux restés dans la famille. Le prêteur n'avait apporté à cette situation qu'un palliatif insuffisant en appelant la femme à titre de

cognate par une B. P. accordée aussi aux ascendants maternels de l'enfant et aussi à ses ascendants paternels pour le cas où il était sorti de la famille. Le sénatus-consulte Tertullien appela la mère, mais seulement après les *sui* et les frères consanguins, et en lui imposant le concours des sœurs du défunt. Aux *sui* primant la mère, les Constitutions impériales assimilèrent tous les enfants du défunt, et ces mêmes textes tantôt étendirent, tantôt restreignirent la part de la mère.

Il était réservé à Justinien d'établir un droit simple et uniforme en cette matière. La différence faite entre les divers ascendants d'un individu, entre ses père et mère surtout, qui se comprend fort bien avec la théorie de la puissance et de l'agnation, n'a plus de raison d'être le jour où les liens de parenté et d'affection forment la base unique du droit successoral. Aussi l'empereur ne distingue-t-il plus et appelle-t-il tous les ascendants dans les termes suivants :

Nov. CXVIII, c. II, pr.

Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater aut mater, aut alii parentes, ei supersint omnibus a latere cognatis has præponi sancimus...

De ces termes, on peut déduire plusieurs règles :

1° En l'absence de descendants, la succession est toujours dévolue aux ascendants. Il y a une sorte de droit de réciprocité.

2° Il n'y a aucune distinction à faire entre les ascendants : peu importe que les ascendants soient paternels ou maternels, hommes ou femmes, *sui* ou *alieni juris*. Ni le texte ni l'esprit de la Novelle ne souffre de distinction ; elle appelle *pater aut mater aut alii parentes* (112).

(112) Remarquons que le mot *parentes* a perdu le sens qu'il avait autrefois dans la langue juridique de Rome. Il ne signifie plus seulement le père et la mère ; il comprend tous les ascendants de l'enfant, et son emploi avec cette nouvelle signification dans un texte de loi accuse nettement la révolution qui s'était opérée dans la législation romaine.

3° Il est une troisième règle qui se tire logiquement du chapitre II : *Si autem plurimi ascendentium vivunt hos præponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni, sive materni sint*. Parmi les ascendants les plus proches en degré excluent les plus éloignés ; ceux qui sont de degré égal partagent d'après les règles que nous allons bientôt exposer.

4° Enfin les ascendants sont préférés en principe à tous les autres parents collatéraux et les excluent complètement. On tranche ainsi d'anciennes distinctions et des difficultés soulevées par les nombreuses Constitutions, qui donnaient aux ascendants et, particulièrement à la mère, des droits plus ou moins considérables suivant la qualité des autres parents que le défunt laissait..... *omnibus a latere cognatis hos præponi sancimus...* Mais la Nouvelle ajoute : *exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto*. Si donc, outre les ascendants, le défunt laisse des frères et sœurs germains il y aura concours entre ces deux catégories d'héritiers et non exclusion de l'une au profit de l'autre.

Ces principes généraux une fois connus, il nous faut examiner les diverses hypothèses où le concours peut se produire, voir de quelle façon il se règle et quels sont les droits reconnus aux cohéritiers.

I. — Supposons d'abord qu'il n'y a que des ascendants. Il faut d'abord se demander s'ils appartiennent tous à la même ligne, ou s'ils appartiennent au contraire à des lignes différentes.

S'il n'y a qu'une seule ligne, on applique purement et simplement les principes que nous avons déjà posés. Les ascendants les plus proches écartent les plus éloignés, et les ascendants égaux en degré partagent par tête sans qu'il y ait de refente à opérer, sans qu'il y ait non plus de distinction à faire suivant le sexe ou la personnalité civile.

S'il y a deux lignes d'ascendants on procède d'abord à un partage de l'hérédité en deux parties ; l'une destinée à la ligne

paternelle, l'autre à la ligne maternelle (113). Comme nous l'avons dit, il n'y a plus d'autres partages *in lineas* et chaque moitié de l'hérédité se répartit *percapita* entre les appelés de chaque ligne (114).

Dans l'ordre des ascendants par suite de l'application de la règle : *Proximus excludit remotiorem*, il n'y avait pas de représentation proprement dite ; en ce sens que, de deux ascendants égaux en degré et de la même ligne, si l'un vient à manquer ses père et mère n'arrivent pas à la succession en son lieu et place. Cette règle juridique s'explique assez bien qui dit *successio* indique une idée de descendance, de dévolution à des degrés subséquents, idée incompatible avec ce retour en arrière vers des ascendants éloignés. Parmi ces ascendants, ceux qui sont le plus chers à l'enfant sont les plus proches, il est naturel de leur attribuer son patrimoine. Mais, si dans cet ordre la *successio graduum* ne procédait pas par voie de représentation, elle avait lieu quand les ascendants d'un degré venant à manquer, on appelait les ascendants du degré supérieur. C'est alors l'application du droit commun qu'il était à peine besoin de rappeler.

L'usufruit, qui pouvait exister au profit de l'un des ascendants sur tout ou partie du patrimoine du défunt, lui est conservé. La nouvelle CXVIII n'en parle pas, mais comme elle l'exclut formellement pour les hypothèses que nous examinerons plus loin, son silence dans l'espèce, que nous étudions, est une confirmation de l'ancien droit et le maintien du *statu quo ante*. Il faut évidemment supposer pour cela que le défunt était *alieni juris*.

(113) C'est dans la Nouvelle CXVIII que le législateur de 1804 a pris le principe de la fente. Mais il l'a poussé plus loin dans ses conséquences et l'admet dès qu'il y a des représentants des deux lignes. C'est la théorie admise par les articles 733, 752, 753 de notre code civil.

(114) La double parenté produit en ligne ascendante le même effet qu'en ligne descendante : L'enfant né du mariage de deux cousins germains vient à mourir : ses bis-aïeux aïeux communs de ses père et mère viendront dans les deux lignes. Ce cas sera évidemment fort rare.

Nous avons dit que sous le nom d'ascendants viennent les ascendants tant de la ligne paternelle que de la ligne maternelle. Mais ici se présente sous une autre face une question déjà connue. Les ascendants naturels viendront à la succession de leurs enfants (115). Mais en sera-t-il de même des ascendants incestueux ou adultérins? A notre avis, ils seront complètement exclus alors même que ces enfants leur succéderaient à eux-mêmes. Ils en sont tout à fait indignes et leur accorder une vocation héréditaire quelconque serait parfaitement immoral. On ne saurait invoquer en leur faveur les raisons d'innocence qui peuvent militer en faveur des enfants. On s'est demandé quels étaient les droits des père ou mère adoptifs en face des père et mère naturels. La question ne pouvait se poser que pour une *adoptio plena*; en effet si l'adoptant était un étranger l'enfant reste dans sa famille d'origine et y laisse sa succession. Avec l'*adoptio plena* l'adopté entre dans la nouvelle famille à titre d'enfant. Déjà parent de l'adoptant, il ne fait le plus souvent que changer de degré. L'opinion générale est que les ascendants naturels viendront en concours avec les ascendants adoptifs du même degré. Nous croyons en l'absence d'un texte contraire que cette solution doit être admise par les interprètes du droit romain. On pourra arriver à des résultats singuliers sans doute mais inéluctables : l'enfant pourra avoir pour héritiers deux pères ou deux mères, ou trois ascendants au premier degré.

II. — Si le défunt laisse non seulement des descendants mais encore des frères et sœurs germains, toutes ces personnes seront simultanément appelées à l'hérédité. Il y a concours entre les frères et sœurs germains et les plus proches d'entre les ascen-

(115) La mère naturelle et les ascendants de celle-ci pourront donc succéder à l'enfant naturel et exclure par cela même les autres collatéraux qui ne sont pas frères ou sœurs germains du défunt. C'est ainsi qu'ils primeront ses frères unilatéraux même légitimes.

dants : *Si vero cum ascendentibus fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur*. Voilà le texte de la Nouvelle dans son chapitre II, texte bien clair et bien précis, qui rend incompréhensible pour nous l'opinion, d'ailleurs isolée, de Mühlenbrück (116), révoquant en doute ce concours des ascendants avec les frères et sœurs germains. Le partage se fait non plus par lignes, mais par tête, c'est-à-dire qu'on divise l'hérédité en autant de parts qu'il y a d'héritiers appelés, sans distinguer s'il s'agit d'ascendants ou de frères et sœurs. Ce mode de calcul pourra produire des résultats essentiellement bizarres que les auteurs ont presque tous signalés. Ainsi le père en face de trois ascendants maternels prendra la moitié de la succession : vienne un frère germain du défunt, le père se trouvera réduit à un cinquième ; les ascendants maternels auront chacun un cinquième au lieu d'avoir un sixième et recueilleront à eux tous plus de la moitié de la succession. La présence du frère nuit donc à un des ascendants et procure un bénéfice injustifiable aux autres. La perte peut aussi retomber sur le frère. En concours avec le père et la mère du défunt il a un tiers. Si deux ascendants maternels remplacent la mère, il ne reçoit plus qu'un quart. Enfin, s'il y a aussi deux ascendants paternels à la place du père, le frère sera réduit à un cinquième. Ces exemples choisis entre bien d'autres, donnent une grande prise à la critique et montrent le défaut de ce mode de partage adopté par la Nouvelle CXVIII. C'est probablement un souvenir de l'hérédité agnatique, où le partage se faisait *per capita* à égalité de degré sans qu'on s'inquiétât de savoir si les héritiers appartenaient ou non à la même souche.

Un autre inconvénient reste aussi à signaler. Si le défunt était *alieni juris*, l'ascendant pouvait avoir sur ses biens *ad-*

(116) Mühlenbrück : *Doctrina Pandectarum*, § 633.

ventices un droit d'usufruit. Ce droit lui est désormais enlevé par le texte formel de la Novelle. D'autre part, si les frères et sœurs germains succédant au défunt étaient eux aussi en puissance du père ou de l'ascendant devenu leur cohéritier, celui-ci eût pu à l'origine réclamer sur les parts leur afférant dans la succession, un droit d'usufruit, *ex jure peculio adventitio*. Ce droit encore est refusé au père par la Novelle qui veut ainsi supprimer toute trace de l'ancienne *potestas* appliquée aux biens des fils de famille. C'est pourquoi nous lisons dans le chapitre II : *Nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione, hereditatis jus et secundum proprietatem per præsentem dedimus legem*. La compensation sera bien souvent insuffisante, mais le texte est indiscutable.

Bien souvent tous les frères et sœurs germains ne survivront pas au défunt. Si l'un d'entre eux est prédécédé sans laisser d'enfant, il n'est fait de lui aucune mention au partage. Mais que faut-il décider si ce frère prémourant a laissé des descendants ? La Novelle CXVIII les écartait purement et simplement ; et cela pouvait sembler bizarre, puisqu'elle leur donnait, d'autre part, un droit de représentation, s'ils ne venaient en concours qu'avec leurs oncles et tantes. Il y avait là un manque frappant de logique auquel il fut remédié quatre ans plus tard par la Novelle CXXVII dans son chapitre I^{er} : Justinien, sur une décision trop rigoureuse ou peut-être sur un simple oubli, accorda aux enfants des frères et sœurs germains la situation privilégiée attribuée à leur aïeul. Mais cette faveur admise *in infinitum* pour les descendants fut limitée strictement au premier degré pour les héritiers de la ligne collatérale... *cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam præmortui fratris filii : et tantam accipiant portionem quantam eorum futurus erat pater accipere si vixisset*. Pour opérer le partage, on fera autant de parts qu'il y a d'ascendants et de souches de frères et de sœurs. Chaque ascendant et chaque frère ou sœur vivant prend une

part ; les autres parts sont dévolues *per stirpe* aux enfants des frères et sœurs prédécédés.

Les neveux concourent donc avec leurs oncles et leurs tantes en vertu de la Novelle CXVIII, avec leurs oncles et tantes et leurs ascendants en vertu de la Novelle CXXVII. Que faut-il dire au cas où les neveux se trouvent en face d'ascendants seulement ? Doit-on en l'absence de texte s'en tenir aux décisions de la Novelle CXVIII et écarter complètement les neveux et nièces au profit des ascendants ? On l'a soutenu. Cujas, pour prouver le droit exclusif des ascendants, dit que le droit de représentation accordé aux enfants des frères germains est une pure faveur, une exception qu'il faut interpréter restrictivement et qu'on ne saurait étendre sous aucun prétexte. Un de nos plus éminents romanistes (117) adopte ce système de stricte interprétation et ajoute que la pensée de la Novelle CXXVII fut bien moins d'égaliser les neveux et nièces aux ascendants, que de prévenir l'inégalité entre eux et leurs oncles ou tantes. En Allemagne, les auteurs sont fort divisés sur la question. Wangerow (118) soutient l'opinion de Cujas. Sans doute, si Justinien avait songé à cette hypothèse, il aurait admis une autre solution, mais on ne saurait en tout cas raisonner par analogie de ce texte réformateur qui s'appelle la Novelle CXVIII. Mais, hâtons-nous de le dire, le savant romaniste ne raisonne qu'en théorie ; car la pratique allemande a condamné formellement cette manière de voir. Et c'est, croyons-nous, avec raison. Heineccius, qu'on pourrait appeler le Cujas de l'Allemagne, et d'autres jurisconsultes, ont repoussé cette théorie. Nous croyons qu'il faut admettre les enfants de frère ou sœur en concours avec les ascendants, alors qu'ils représentent à eux seuls l'ordre des collatéraux (119). Cette décision s'accorde parfaitement avec

(117) Accarias : T. II, page 142.

(118) Wangerow : T. II, § 416. Anm. 1, page 54.— Ce serait aussi l'opinion admise par les Italiens, si l'on en croit M. Delogú : Op. cit., page 127.

(119) On ne leur attribuera qu'autant de parts qu'ils représentent de souches de frères et sœurs.

l'esprit de nos Nouvelles et l'on ne voit pas pourquoi les neveux seraient plus maltraités quand ils viennent seuls que quand ils ont encore à subir le concours de leurs oncles ou tantes. Le vœu de Justinien est de les mettre sur le même pied que leurs parents, de les traiter de la même façon. Or, ceux-ci eussent concouru non-seulement avec leurs frères et sœurs germains, mais encore avec les ascendants. La majorité des auteurs a reconnu la justesse de cette interprétation (120). « L'argument de Cujas aurait triomphé dans la jurisprudence classique, nous dit M. Giraud, il avait également triomphé dans la pratique de nos pays de droit écrit, où la Nouvelle byzantine était entendue en ce sens, fondé probablement sur la tradition romaine ». Mais la lettre d'un texte ne doit pas l'emporter sur l'esprit et l'esprit de nos textes est l'assimilation entière des neveux à leurs oncles et tantes.

Nous n'avons pas à répéter ici ce que nous avons dit des inconvénients de ce mode de partage. Il restent les mêmes, car il n'y a qu'une substitution de personnes, et avec eux, nos critiques restent entières.

III. — Le défunt ne laisse ni descendants ni ascendants, mais seulement des frères et sœurs germains c'est-à-dire nés du même père et de la même mère que lui, ils sont appelés en première ligne de préférence à tous les collatéraux. *Si de functus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos*. Tous les frères et sœurs qui sont unis au défunt *ex uno latere* sont écartés. C'est là un privilège très considérable que notre ancien droit a qualifié du nom de privilège du double lien. Justinien a cru devoir une plus grande faveur à la parenté bilatérale qu'à la parenté unilatérale ; il l'a trouvée plus intime, plus complète, et de cette parenté plus complète il

(120) Giraud : *J. des savants* ; année 1877, page 501. — Windscheid : T. III, §. 572, note 11. Demangeat : t. II, page 114.

a conclu à un droit de préférence dans la délation de l'hérédité. C'est une erreur très-fâcheuse. La vérité était dans le système, qu'a adopté notre code civil dans son art. 733, dans la vocation simultanée de tous les frères et sœurs mais avec une part moitié moins considérable pour les frères unilatéraux. Faut-il croire que Justinien a été aussi influencé par les traditions de l'ancien droit ? L'oubli complet qui pesait, et pour cause, dans le droit des XII Tables, sur la parenté utérine, a-t-il conduit ce prince à étendre cette idée de défaveur à toute parenté unilatérale ? Les empereurs dans leurs réformes avaient tous favorisé la parenté consanguine aux dépens de la parenté utérine ; c'était la vieille idée de l'agnation et des droits agnatiques. Quand Justinien déclara abolie toute distinction entre les agnats et les cognats, il devait, pour être logique, ou assimiler les utérins aux germains, ou traiter les frères consanguins comme les frères utérins. Le passé exerçait encore trop d'empire sur l'esprit de l'empereur et de ses collaborateurs pour qu'ils pussent s'arrêter à la première solution. Ils étaient amenés par la force des choses à adopter le second système.

Les frères venant à la succession et se la partagent par têtes. Mais la Novelle CXVIII prévoit le cas où l'un des frères du défunt est prédécédé laissant des enfants ; elle déclare qu'en ce cas ses enfants viendront en son lieu et place et recueilleront ce qu'eût reçu leur auteur. Le partage se fait alors par souches : les frères ou sœurs vivants prennent chacun une part, tandis que les autres parts sont attribuées aux diverses souches d'enfants, sauf à faire entre eux un partage par têtes.

Nov. CXVIII, c. 3, 3^me phrase.

Le texte ne prévoit que cette hypothèse. Faut-il l'étendre et procéder au partage par souches, quand tous les frères et sœurs germains sont prédécédés et quand il n'y a que des enfants de ceux-ci ? Faut-il au contraire admettre qu'ils succéderont par têtes selon l'analogie de l'ancien droit agnatique et doit-on par conséquent écarter le principe de la représentation et le privilège

du double lien. C'est là une grave question qui a profondément divisé les commentateurs du droit romain et qui est loin d'être tranchée d'une façon définitive.

La Novelle est muette sur ce point. Les glossateurs s'étaient déjà livrés sur ce point à de longues controverses. Azon, Harmenopoulos, soutenaient le partage par tête qui constituait le droit commun pour les successions en ligne collatérale avant la Novelle CXVIII, droit commun que le silence du nouveau texte législatif ne pouvait avoir abrogé. Accurse au contraire admettait le partage par souches comme seul compatible avec l'esprit de la Novelle et l'intention évidente de Justinien. Une opinion intermédiaire se fit jour, mais bien plus tard : Glück distinguait suivant que les enfants des frères et sœurs germains étaient seuls ou qu'au contraire ils se trouvaient en face de collatéraux du troisième ou du quatrième degré comme des frères unilatéraux et leurs enfants ou des oncles et tantes du défunt. Dans le premier cas, partage par têtes ; dans le second, partage par souches.

Le Parlement de Paris adopta la théorie d'Azon, c'est-à-dire le partage par souches. Et dans les pays de droit romain allemands la question fut tranchée en 1529 par un recès de la diète de Spire qui consacra officiellement cette doctrine en ces termes :

Wann einer untestirt abstirbt, und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwestern Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben, und dem Verstorbenen, ihrer Vater oder Mutter Bruder oder Schwester, dermaßen zu succediren zugelassen werden sollen.

Si nous éliminons l'opinion arbitraire de Glück, qui ne peut présenter aucun argument sérieux, nous nous trouvons en face de deux systèmes diamétralement opposés que nous allons examiner successivement.

Et d'abord, la théorie consacrée par la Diète de Spire, c'est-

à-dire le partage *per capita*. Outre le silence du texte qui est assurément une raison très-forte en ce sens, les partisans de ce système font valoir d'autres considérations. Les neveux viennent ici *jure proprio* ; ils n'ont nullement besoin d'invoquer le droit de leurs auteurs. En présence de frères et sœurs germains du défunt, on comprend qu'ils dussent se prévaloir du droit de représentation ; sinon, un *jus non decrescendi* eût fait tout naturellement obstacle à leur vocation héréditaire et les eût formellement exclus de la succession. Venant de leur chef, ils doivent partager *per capita*. On peut chercher encore d'autres arguments dans le caractère de la représentation en ligne collatérale et dans la tradition. En ligne collatérale, la représentation est un bénéfice accordé exceptionnellement aux enfants des frères et sœurs au premier degré ; ce n'est point comme en ligne directe, où il est donné aux descendants *in infinitum*. Si donc nous nous trouvons en face d'une exception, il faut nous en tenir à la lettre de la loi et ne pas étendre une disposition limitative hors des cas textuellement prévus par la nouvelle. On invoque la tradition. L'ancien droit romain admettait la représentation à l'infini en ligne directe descendante ; mais dans l'ordre des collatéraux, c'est-à-dire des agnats, le plus proche exclut les plus éloignés, et parmi les plus proches on partage par têtes, sans qu'on distingue si les appelés appartiennent tous à des souches différentes ou si quelques-uns d'entre eux appartiennent à la même. Justinien, dans le chapitre III de la Nouvelle, déroge à la règle : *propior excludit remotiorem*, mais non à la règle du partage par têtes entre appelés de même degré et venant de leur chef. Donc il faut maintenir ce dernier principe et diviser l'hérédité en parts viriles.

Cette argumentation spécieuse très conforme à l'esprit rigoureux du droit romain a sans doute séduit les membres de la Diète. Elle a aussi conquis l'adhésion de M. Giraud (121) qui,

(121) Giraud : *J. des Savants*, 1877, page 567.

précédemment, admettait la représentation au profit du neveu venant seul en concours avec des ascendants du défunt. Cependant elle est vivement critiquée en Allemagne même, et les auteurs de ce pays, forcés par un texte de loi de s'y soumettre, protestent vivement. Windscheid (122) dit qu'elle est absolument contraire à l'esprit de la Növelle, et Wangerow (123) la critique aussi pour ce motif. Justinien, nous dit ce dernier, a voulu substituer les neveux aux frères et sœurs germains du défunt et les a placés comme substitués vulgaires appelés par la loi dans la seconde classe d'héritiers : cette idée d'une substitution légale entraîne nécessairement une *successio in stirpes*.

Cette théorie n'a pas trouvé meilleur accueil en France, et, malgré la jurisprudence du Parlement de Paris, elle est repoussée par la grande majorité des auteurs.

Ce système d'abord est illogique en ce sens qu'il repousse le droit de représentation en même temps qu'il maintient le privilège de double lien. Il écarte ainsi d'autres héritiers du second degré, qui sont les frères unilatéraux, au profit d'héritiers du troisième degré, les neveux. Il ne peut arriver à ce résultat qu'en substituant les neveux à leurs père et mère. Or, qu'est-ce que cette substitution qui élève les substitués à un degré supérieur et qui, d'autre part, leur donne plus que la portion dévolue à ce degré ? Il y a là une contradiction flagrante, inexplicable. Si le partage par souche était repoussé, nous écarterions le partage par tête et nous admettrions plutôt encore le système de Büchel exposé par Wangerow (124). Cet auteur supposant un frère germain et un frère utérin en présence, le frère germain meurt laissant un fils ; ce dernier héritier du troisième degré sera primé par le frère unilatéral et viendra en concours avec les collatéraux du troisième degré, c'est-à-dire avec les oncles et tantes du défaut.

(122) Windscheid : T. III, § 572, note 15.

(123) Wangerow : T. II, § 416, ann. 2, n° 3.

(124) Wangerow : T. II, § 416, ann. 1.

Ce système se soutiendrait fort bien avec le texte de la Nouvelle.

Nov. CXVIII, c. 3, 2^{me} phrase.

His (les frères et sœurs germains) *non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem*. Les frères et sœurs germains faisant défaut, les frères unilatéraux viendraient immédiatement *in secundo ordine*, en seconde ligne. Tout le monde repoussant ce système, auquel du reste la quatrième phrase du même chapitre est formellement opposée, nous croyons qu'il n'y a pas à hésiter et qu'il faut se rallier au partage par souches commandé par l'esprit de la nouvelle. Le droit agnatique ne saurait plus faire loi dans la disposition législative où Justinien le supprime. L'empereur a voulu innover et il a innové : les neveux issus de frères germains viennent à la succession, non pas comme les autres collatéraux d'après la proximité du degré, mais par le bienfait de la loi qui les met aux lieu et place de leurs parents et leur attribue le privilège de double lien accordé à ceux-ci (125).

Nous avons examiné les principaux cas de concours possibles entre les héritiers de la seconde classe. Rappelons en terminant, ce que nous avons déjà dit, que dans la ligne collatérale le droit de représentation attribué aux neveux est strictement limité aux enfants du premier degré et que le petit neveu ne saurait, par exemple, représenter son aïeul dans la succession de son grand oncle.

(125) En ce sens Accarias : t. II, page 142, note 1. — Maynz : t. III, page 304. — Demangeat : t. II, pages 114 et 115. Les enfants de frères et sœurs germains écarteront donc non seulement les enfants de frères unilatéraux, mais encore les frères et sœurs consanguins et utérins eux-mêmes

SECTION III

Frères et Sœurs unilatéraux.

Quand les héritiers appelés dans les deux premières classes font défaut, les frères et sœurs unilatéraux du défunt viennent à la succession : le troisième ordre comprend donc les frères et sœurs consanguins, les frères et sœurs utérins, et leurs enfants au premier degré. Ce sont encore des collatéraux privilégiés puisqu'ils excluent tous autres collatéraux ; mais ils sont dans une situation inférieure à celle des frères et sœurs germains, puisqu'ils sont écartés par ces derniers et qu'en aucun cas, ils ne peuvent concourir avec les ascendants. Nous avons essayé plus haut d'expliquer les motifs de cette infériorité de la parenté unilatérale en face de la parenté *ex utroque latere* et nous ne voulons point y revenir.

Sont appelées les personnes qui n'ont avec le défunt qu'un auteur commun : les consanguins sont ceux qui ont le même père, les utérins sont ceux qui ont la même mère.

Le sens de *consanguineus* n'a pas toujours été celui que nous venons de lui assigner. Dès avant la jurisprudence classique, il désignait tous les enfants nés du même père, se trouvant *in potestate* qu'ils fussent nés de mères différentes ou de la même mère. L'idée prédominante était celle de puissance et s'appliquait par conséquent aussi bien aux enfants adoptifs *in potestate*, qu'à la femme *in manu*. Toutes ces personnes étaient consanguines entre elles. C'est surtout dans la jurisprudence Voconienne que ce sens est remarquable en ce qu'il est restreint aux agnats du second degré. On ne tenait donc aucun compte de la mère. Quand l'empereur Justinien eût abrogé l'agnation et les droits en découlant, le mot *consanguineus* désigna la parenté naturelle qui

existe entre divers enfants issus du même père mais de mère différente, par opposition à *germanus* qui suppose les deux auteurs communs.

Quant aux frères utérins, ce sont ceux qui sont nés de la même mère, mais de pères différents. Comme aucun lien de puissance ne les unissait entre eux, ils n'avaient aucun droit héréditaire dans la succession les uns des autres. L'édit prétorien leur donna plus tard une *Bonorum Possessio*, mais seulement après les consanguins seuls héritiers reconnus par le droit civil.

Plus tard, une constitution de Justinien met les deux parentés unilatérales sur le même pied et fait passer les frères utérins de la classe des cognats dans celle des *legitimi* : *Sed nec fratrem vel sororem uterinos concedimus in cognationis loco relinquere. Quum enim tam proximo gradu sint, merito eos sine ulla differentia, tanquam si consanguinei fuerint, cum legitimis fratribus et sororibus vocandos esse sancimus.*

Const. 15, § 2, C. VI, 58, *De legit. hered.*

C'était là une réforme très considérable, mais bien conforme d'ailleurs au système adopté par Justinien en matière de succession.

Mais ces frères unilatéraux placés sur la même ligne furent tous primés par les frères germains et demeurèrent étrangers à la succession en leur présence. Cela résulte des Nouvelles LXXXIV, CX, CXVIII.

Quels sont les frères et sœurs compris dans le troisième ordre?

D'abord il y a les frères et sœurs utérins nés de justes noces et par conséquent légitimes. On y assimile évidemment les légitimés.

L'adoption pleine et l'adrogation produisent aussi le même effet et ne créent qu'une parenté unilatérale. Quelle solution admettre si l'enfant utérin a été adopté par le second mari de la femme? Devient-il frère germain ou reste-t-il frère unilatéral? Quelques auteurs, comme Arndts, pensent qu'il acquiert la qualité et les droits de germain, puisqu'il est réuni aux deux

auteurs par un lien ou naturel ou légal. Nous nous rangerons plus volontiers à la suite des adversaires de ce système. La Nouvelle exige qu'on soit né du même père et de la même mère pour acquérir la qualité de germain : *ex eodem patre et ex eadem matre natos*, dit la Nouvelle dans son chapitre III, peut-être pour exclure nettement des enfants adoptifs qui se trouvent dans la situation que nous examinons.

Les enfants naturels nés de l'un des époux avant le mariage sont, au sens strict des mots, des frères unilatéraux des enfants issus du mariage. Ont-ils sur la succession de ces derniers les droits de demi-frères et de demi-sœurs ? Pour les enfants naturels du père, aucun lien légal ne les relie à leur auteur ; donc par *à fortiori* ils ne peuvent avoir de relations d'aucune espèce avec ses enfants légitimes. Quant aux enfants naturels de la mère, la plupart des auteurs (126) admettent qu'ils succèdent à leurs frères et sœurs légitimes, à titre d'enfants utérins : le texte ne les excluant point, ils ne croient point pouvoir les exclure. Cependant il y a de sérieuses raisons de douter de leur admission. D'abord l'exclusion ou la limitation, qui les atteint, selon les cas, en ligne directe au moins vis-à-vis de la succession paternelle, n'est-elle pas un indice de la défaveur que le législateur attache à leur qualité ? Et peut-on traiter sur le même pied les enfants légitimes et les enfants illégitimes sans choquer trop vivement la décence et les bonnes mœurs ! Cette opinion, qui est fort plausible, mais ne présente point de texte décisif, est adoptée par M. Giraud (127).

Le partage s'opère de la même façon que dans la classe précédente quand il n'y a que des frères et sœurs germains. Ici encore le droit byzantin admet la représentation des frères et sœurs prédécédés par leurs enfants, mais au premier degré seulement.

(126) Rivier : page 168 — Maynz : t. III, page 306. — Wangerow : t. II, § 413. — Windscheid : t. III, § 572, note 22.

(127) Giraud : op. cit., page 570.

Entre cohéritiers du premier rang, partage par têtes ; quand l'hérédité passe à leurs enfants, partage par souches. Cette dernière solution est controversée, mais nous l'adoptons pour les motifs qui nous l'ont fait admettre à propos des frères et sœurs germains.

Les frères et sœurs unilatéraux et leurs enfants au premier degré écartaient tous autres successibles. Ainsi, tandis que dans l'ancien droit ces neveux eussent, d'après l'édit du préteur, subi le concours de cognats du troisième degré, d'un oncle maternel, par exemple, dans le droit de la Nouvelle ils l'écartent et viennent seuls à la succession.

A propos du partage des biens qu'un individu laisse à des frères consanguins et à des frères utérins, il a été émis une opinion assez singulière rapportée par Wangerow (128). On examinerait dans cette succession l'origine des biens pour donner au frère consanguin les biens paternels, et au frère utérin les biens maternels. Nous cherchons vainement dans nos textes des passages pouvant confirmer cette doctrine, qu'ont d'ailleurs condamnée la doctrine et la pratique allemandes.

Enfin nous n'avons pas à parler d'usufruit des ascendants sur les parts afférentes aux frères et sœurs ; car, d'après ce que nous avons dit, ce concours ne saurait se présenter.

SECTION IV

Des Collatéraux ordinaires

La Nouvelle CXVIII consacre la disparition de l'ordre des agnats. Les Institutes parlaient encore des agnats et de leurs droits. La Nouvelle CXVIII n'appelle que des cognats puis déduisant à la fin le principe qui a dominé toute la matière et motivé

(128) Wangerow : t. II, § 417.

toutes les solutions, elle déclare formellement abolie toute distinction entre les agnats et les cognats : *In omnibus successio-nibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare præci-pimus.*

Nov. CXVIII, c. 4.

La loi des XII Tables avait vécu.

C'était le préteur qui le premier avait appelé les cognats à la succession en considération de leur parenté naturelle. Mais leurs droits étaient encore précaires, dominés par les droits donnés aux héritiers civils ; et leurs actions étaient simplement utiles. Peu à peu l'ordre des cognats s'était étendu et l'avènement de la procédure *extraordinaria* les avait investis d'actions aussi énergiques que celles des héritiers du droit civil.

Cependant en bien des circonstances les cognats se voyaient écartés par les agnats, qui, rejetés hors de la première classe, reprenaient leur empire au-delà. De plus la vocation cognatique était limitée au septième degré, tandis que la vocation des agnats était infinie. Le parallélisme et l'antagonisme des deux systèmes successoraux avaient amené des complications que la Nouvelle CXVIII fit définitivement disparaître en posant une règle fort simple : *Si vero neque fratres, neque fratrum filios (sicut diximus) defunctus reliquerit, omnes deinceps ex latere cognatos ordine ad hereditatem vocamus, secundum unius-cujusque gradus prærogativam, ut viciniore gradu ipsi reliquis præponantur. — Si autem plurimi ejusdem gradus inveniantur pro numero personarum inter eos hereditas divi-datur, quod leges nostræ in capita appellant.*

Nov. CXVIII, c. 3, § 1.

Le chapitre IV complète ce texte et montre que désormais le principe unique du droit successoral sera la parenté de quelque côté qu'elle vienne, qu'elle soit utérine ou consanguine, naturelle ou adoptive, bilatérale ou unilatérale, que les appelés soient hommes ou femmes, en puissance ou hors de puissance. Tous seront héritiers légitimes.

Entre eux, on applique rigoureusement la règle : *Proximior excludit remotiores*. La plus proche écartera les plus éloignés. On ne s'arrête donc pas à la qualité des parents, mais c'est la proximité du degré qui fait loi. L'oncle et la tante viendront en première ligne, l'*avunculus* comme le *patruus*, l'*amita* comme la *matertera*. Ils excluront les cousins du défunt qui concourront avec les grands oncles. Il n'y a pas de représentation. En second lieu les héritiers de même degré partagent par têtes et jamais par souches, et on ne saurait trouver en concours que des héritiers de même degré.

De l'assimilation faite par Justinien entre les agnats et les cognats, s'ensuit-il que la vocation cognatique ne soit limitée à aucun degré non plus que la vocation agnatique ? La Nouvelle n'a pas fixé, comme l'ont fait les codes modernes, de degré extrême de successibilité. On a proposé la limitation au dixième degré en se fondant sur un passage des *Institutes*.

Inst., III, 5, § 5.

Mais nous avons vu que ce chiffre du dixième degré n'est donné qu'à titre d'exemple et qu'il ne doit pas en être tenu compte. Doit-on adopter alors la règle admise par le préteur qui s'arrêtait aux cognats du sixième degré, ou appeler les cognats *in infinitum* ? Cette dernière solution, dit M. Giraud (129), est la plus conforme au texte de la Nouvelle qui a consacré l'assimilation des deux ordres dans le sens le plus libéral et le plus étendu. Plusieurs auteurs se rallient à ce système. Pour nous, nous l'écartérons et nous adopterons le système de droit prétorien en arrêtant la vocation aux héritiers du sixième degré inclusivement et en appelant au septième les enfants de cousins issus de germains. Cette opinion semble à M. Accarias (130) plus rationnelle et aussi plus conforme à la pensée générale de la No-

(129) Giraud : op. cit. page 573.

(130) Accarias : t. II, page 143, note 1.

velle qui est de supprimer tous les privilèges attachés à l'agnation. Il est incontestable que dans cette fusion des deux catégories d'héritiers, l'une l'a emporté sur l'autre. Les cognats ont absorbé les agnats et cela était dans la force même des choses. C'est l'ordre des cognats qui s'est développé aux dépens de l'ordre des agnats et a fini par le faire disparaître. Or, il est resté tel que le préteur l'avait organisé, car aucun texte ne l'a modifié ni transformé. Le système contraire renferme de plus une grave iniquité. On sait en effet qu'après les quatre classes d'héritiers que nous venons d'étudier, on appelle la femme du défunt à lui succéder. Ne serait-ce pas une vocation absolument illusoire que de la faire venir à l'hérédité lorsqu'il ne reste plus aucun parent ? Ce sera donner d'une main à la femme, pour lui retirer de l'autre. Au contraire, avec notre système, elle pourra venir en ordre utile pour profiter des droits que lui a donnés le préteur et que tout le monde reconnaît lui avoir été maintenus par la Nouvelle CXVIII.

En effet, immédiatement après les héritiers légitimes, venait la femme du défunt. A mesure que la *manus* disparaissait, et que son titre fictif de fille de son mari ne lui donnait plus de droit dans la succession de son conjoint, le préteur jugea bon de lui donner une vocation héréditaire qui occupant le neuvième rang fut rapprochée par Justinien.

Inst., III, 9, § 7.

On n'avait pu l'appeler à titre de cognat car elle n'était unie au défunt que par un lien *d'affinitas*, très intime, il est vrai, mais ne trouvant point de place dans les degrés de successibilité nouvelle tous fondés sur la parenté du sang. On lui avait donné une *Bonorum possessio* ouverte aussi au mari survivant. La principale condition requise était l'existence d'un mariage valable au moment du décès.

La femme n'est pas le seul successeur irrégulier qui puisse recueillir la succession en l'absence d'héritier légitime. Il y a encore les enfants naturels, dont nous avons examiné les droits dans la succession paternelle.

Enfin, si la succession est vacante, s'il ne se présente aucun héritier et aucun successeur, les biens sont dévolus au fisc. Toutefois celui-ci peut être écarté par certaines associations ou par certains corps auxquels appartenait le défunt. Ainsi, au décès succédait la curie, au soldat la légion, à l'armateur la corporation des armateurs, au membre d'une *universitas* cette *universitas*. Les empereurs Théodose et Valentinien par une loi confirmée par Justinien décidèrent que le patrimoine du clerc irait à l'Eglise, et celui du moine au monastère.

Nov. CXXXI.

Quelques cités et municipes avaient exceptionnellement le droit de succéder à ceux de leurs habitants dont le patrimoine était en déshérence.

Nous ne voulons point insister davantage sur les diverses sortes de successeurs irréguliers, ni étudier spécialement les questions nombreuses et ardues qui se présentent à leur sujet. Ce travail nous entraînerait hors des limites que nous nous sommes tracées dès le principe. Nous voudrions seulement dans un court exposé examiner la question si délicate de la *successio graduum* et de la *successio ordinum* et présenter quelques observations générales sur la Novelle CXVIII (131).

(131) Toutes les réformes, que nous avons vues, en entraînaient une autre. Le droit romain attachant la charge de la tutelle à l'expectative de la succession, les successeurs changeant, les tuteurs devaient aussi changer. C'est ce que Justinien constate dans le chapitre V de la Novelle. Les cognats viennent à la tutelle comme les agnats y venaient. Mais les hommes seuls, en principe, peuvent être investis de cette charge; les femmes en sont exclues. Toutefois, à défaut de tuteurs testamentaires, la mère et la grand'mère peuvent lui être données comme tutrices à certaines conditions, notamment si elles renoncent *apud acta* à se remarier et à invoquer le secours du sénatus-consulte pour faire annuler les obligations résultant de leur *intercessio*. Justinien confirme les anciennes règles et renvoie à leur observation.

CHAPITRE III

Observations générales

Nous avons reporté à un chapitre spécial l'étude d'une question qui a vivement préoccupé les interprètes, et sur laquelle l'accord est encore loin de se faire. Nous voulons parler de la *successio ordinum* et *graduum* (132). Il y a *successio* toutes les fois que par suite de la disparition d'une personne à laquelle le patrimoine du défunt se trouvait dévolu, le droit à l'hérédité passe à la personne qui la suit dans la nomenclature des héritiers, et qui se trouvait exclue par la présence de l'héritier défaillant. Les expressions que l'école a imaginées pour énoncer la question, ne sont sans doute pas tirées des textes anciens et des sources juridiques. Mais avec certaines réserves elles sont, quoiqu'en dise M. Maynz, suffisantes pour l'idée qu'on veut rendre.

Pour examiner les difficultés qui s'élèvent ici, il faut supposer qu'après la délation de l'hérédité, l'appelé ou l'un des appelés est mort ou devient incapable de succéder. Il est le seul ou le dernier de sa classe, y a-t-il dévolution à la classe suivante, c'est-à-dire *successio graduum*? Il est le seul de son degré, doit-on dire qu'il y a dans l'intérieur de la même classe dévolution au degré subséquent, *successio graduum*? Enfin, il a des

(132) Nous entendons par *ordo* une classe d'héritiers dans le sens français du mot. Ce n'est pas tout à fait le sens latin qu'on peut voir dans le § 9, Inst. III, 10, où *per ordines* signifie plutôt par degrés. V. Maynz, T. III, § 361, Observation.

cohéritiers de degré égal, ceux-ci profiteront-ils de la part devenue vacante par droit d'accroissement, ou bien cette part passera-t-elle aux enfants que le défunt a pu laisser, par droit de représentation et de succession ?

Telles sont les trois questions que l'on peut se poser au cas où un héritier meurt après la délation de la succession, mais avant de l'avoir acquise. Il nous faut là-dessus rechercher les solutions admises par l'ancien droit et le droit prétorien et savoir qui peut en ces divers cas prétendre à l'hérédité civile ou demander la B. P. prétorienne.

Sous la loi des XII Tables, il n'y avait point de dévolution successive soit de classe en classe, soit même de degré en degré ; et cela pour des raisons bien faciles à comprendre.

Dès la mort du défunt, le *suus* acquiert immédiatement la propriété et s'il vient à décéder, il transmet à ses héritiers sa part peut-être encore indivise et non une simple vocation héréditaire. D'autre part, il ne peut refuser le titre d'héritier ni répudier la succession, et le *jus abstinendi* lui-même, qui lui fut reconnu plus tard, ne lui enleva pas la qualité d'*heres suus* pour la transmettre à des héritiers d'un degré subséquent. Du caractère d'héritier sien et nécessaire qu'a le *suus*, il résulte d'abord qu'il n'y a pas *successio graduum* dans l'ordre des *sui*, en second lieu, qu'il n'y a pas dévolution de la succession à l'ordre des agnats, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de *successio ordinum*. Parmi les agnats, qu'elle soit contemporaine ou non de la loi des XII Tables, l'exclusion de la *successio graduum* est incontestable du temps de l'époque classique. Si tous les représentants du degré le plus proche viennent à manquer, nulle dévolution au degré suivant ; si quelques-uns seulement font défaut, il y a évidemment accroissement au profit des autres. Quelques auteurs se fondant sur une stricte interprétation de la loi des XII Tables ont soutenu, à tort, croyons-nous, qu'il n'y a pas dévolution aux *gentiles* de la succession qui échappaient aux agnats.

Le droit prétorien réagit contre ce système. Il introduisit for-

cément la dévolution de classe à classe en impartissant des délais pour demander la B. P. Mais la question se pose de savoir s'il admettait la dévolution de degré à degré, la *successio graduum* : nous nous plaçons dans l'hypothèse où il n'y a plus d'héritiers du premier degré appelés. Pour la classe des *liberi* on a soutenu cette *successio graduum* en se fondant sur la généralité des termes de l'édit, et sur cette considération que pour la classe des *legitimi* où le préteur s'est si exactement conformé aux règles du droit civil une controverse s'était élevée sur ce point. Mais la majorité des auteurs (133) repousse ici la *successio graduum*. Même controverse et même solution pour la classe des *legitimi* où cependant beaucoup d'excellents auteurs admettent la *successio*. Enfin il est incontestable que le préteur avait largement consacré le principe de la succession de degrés dans la classe des cognats et dans toute l'étendue de cette classe telle que l'a déterminée le préteur.

Dans le même ordre de successibles et dans le même degré, un des appelés vient à faire défaut, il y a lieu à accroissement au profit des cohéritiers, qui ont déjà demandé la B. P. ou de ceux qui la demanderont ; leur vocation s'appliquant éventuellement au tout et n'étant limitée que par la présence de droits rivaux. Il y a, comme on l'a très bien dit, pour eux *jus non decrescendi potius, quam accrescendi*.

Quant au droit issu des constitutions impériales, il ne changea rien dans notre matière. Les personnes appelées par les sénatus-consultes Orphitien et Tertullien avaient droit à la B. P. *unde legitimi*, ordre dans lequel la *success. grad.* est exclue. De plus ces sénatus-consultes ne créent qu'un degré d'héritiers et ne consacrent pas de dévolution.

Que fit Justinien ? Et d'abord, voyons la *successio ordinum* et la *successio graduum* : quand tous les représentants ou le représentant unique d'un degré ou d'une classe font défaut, l'héritier

(133) Wangerow : t. II, § 407. — Accarias : t. II, § 460.

subséquent à la vocation duquel il faisait obstacle vient-il à la succession ? Très-certainement, ce prince admit la *successio ordinum*. Très-certainement aussi il établit ou rétablit la dévolution de degré à degré dans l'ordre des agnats en se fondant, il est vrai, sur un motif insuffisant et erroné. Mais la question est plus délicate s'il s'agit de l'ordre des *liberi*. Il y a sur ce point une vive controverse. On peut trouver en effet singulier que dans l'ordre des cognats et dans celui des *legitimi* on ait pu bénéficier de la *successio graduum* sans qu'elle fût ouverte dans l'ordre des *liberi*. On pourrait répondre, et on l'a fait, que ce n'est pas la seule contradiction qui se rencontre dans l'œuvre législative de Justinien. On propose ensuite en faveur de l'affirmative le texte d'une constitution que Justinien a prise dans le code Théodosien et qu'il s'est appropriée par les modifications qu'il y a introduites.

L. 5, C. Th., VIII, 18.

L. 3, C., VI, 14.

L'aïeul meurt, puis le père : le fils émancipé renonce à la succession de son père et laisse échapper pour ce motif le patri-moine de l'aïeul ; toutefois, ajoute la loi, il pourra le recouvrer par la B. P. Il faut supposer, dit-on, que son père n'a pas lui-même demandé cette B. P. qui se trouve entre les mains du fils par droit de dévolution. Cela est fort possible ; mais la loi ne dit pas si le fils émancipé vient comme descendant ou comme cognat, c'est-à-dire s'il y a dévolution de degré à degré ou d'ordre à ordre. Ce texte donc ne préjuge en aucune façon la question. Un argument plus probant peut se tirer des Institutes.

Inst., III, 9, §§ 9 et 10.

Ce passage semble indiquer nettement que, s'il n'y a pas de *Bonorum possessor* ou que si l'appelé répudie, la B. P. est promise aux héritiers d'un degré subséquent « *ex successorio edicto ac si i s qui præcedebat ex eo numero non esset.* » Aussi croyons-nous devoir adopter la solution qu'il indique, sans distinguer non plus que lui entre les diverses *Bonorum possessiones* créées par le préteur.

Ce texte règle aussi le cas où l'un seul des appelés vient à défaillir, ses cohéritiers lui survivant et décide qu'en ce cas, il y aura lieu à accroissement.

Tel était l'état du droit avant la rédaction de la Nouvelle CXVIII. Ce travail législatif avait pour but, non de changer toutes les règles qui jusque-là avaient trait à la succession *ab intestat*, mais seulement d'introduire de l'ordre dans le chaos législatif antérieur, d'organiser un nouvel ordre de succession formant un tout complet et uniforme. La Nouvelle CXVIII toutefois et la Nouvelle CXXVII, qui la compléta, introduisirent le principe nouveau de la représentation en ligne collatérale, au moins en ce qui concerne les collatéraux privilégiés : la consécration de ce principe a-t-elle modifié le droit antérieur en ce qui touche la dévolution entre les degrés et entre les classes ?

La successio ordinum dans le droit de Justinien s'opère comme avant la rédaction de la Nouvelle, et, si dans une classe il n'y a plus de successibles, on passe aux héritiers qui composent la classe suivante. Tout le monde est d'accord pour admettre cette solution parfaitement conforme à la nature des choses, au texte et à l'esprit de la Nouvelle.

La successio graduum procède-t-elle aussi quand tous les héritiers d'un même degré font défaut ? Descend-on dans la même classe à l'ordre suivant ? Nous le croyons et en ceci nous ne faisons que suivre l'opinion des romanistes (134) les plus autorisés.

La successio graduum était devenue le droit commun en ligne collatérale et pour ceux qui la repoussent dans la classe des *liberi*, elle résultait de l'enchaînement général du nouveau droit successoral. Des termes employés par la Nouvelle, il résulte que Justinien n'appelle les ascendants, par exemple, qu'à défaut de

(134) Accarias : t. II, §470, 1. — Wangerow : t. II, § 420. — Windscheid : t. III, § 573. — Maynz : t. III, § 377, obs. 2.

tout descendant : c'est donc que tant qu'il existe un descendant celui-ci recueille à l'exclusion des ascendants et collatéraux même privilégiés. On va de degré en degré dans la ligne descendante avant de passer aux autres lignes.

Un auteur cependant a contesté cette solution pour des motifs subtils et fort difficiles à saisir. Puchta admet sans doute la *successio ordinum* pour toutes les classes, mais n'admet la *succ. graduum* que dans la deuxième classe à l'égard des ascendants et dans la quatrième classe qui est celle des cognats. Son argument principal, tel du moins que nous avons pu le saisir (135), est celui-ci : Il ne peut être question de *succ. grad.* que là où il y a des degrés, là où c'est la proximité du degré qui décide de la vocation héréditaire : or, dans la classe des descendants et dans celle des collatéraux privilégiés, on ne tient pas compte du degré pour appeler les successibles. D'où l'auteur conclut que pour ces deux sortes d'héritiers il n'y a pas de *succ. grad.* possible. Mais c'est là une théorie tout à fait arbitraire. Puchta s'est laissé tromper par les expressions *successio graduum*. Mais ces termes sont une création de l'école, ils ne se trouvent dans aucun texte ancien et n'ont par conséquent aucun sens technique. Il y a bien des degrés, cela est incontestable. Repousser la dévolution entre degrés, c'est aller directement à l'encontre des termes et aussi de l'esprit de la Novelle pour aboutir aux résultats les plus singuliers. On verra par exemple un petit-fils exclu par un cousin éloigné : c'est inadmissible. Puchta dit encore que s'il y a eu au moment du décès un héritier vivant entre le *de cujus* et les degrés subséquents, ceux qui occupaient ces degrés n'avaient pas la qualité de successibles et ne sauraient l'acquérir plus tard. Mais en reproduisant ainsi le motif qui avait fait exclure la *succ. grad.* dans la classe des *liberi*,

(135) C'est surtout dans Wangerow que nous avons puisé les éléments de cette succession, et contrairement aux habitudes de cet auteur, le passage où il traite ces questions est fort obscur et fort embrouillé.

Puchta fait une pétition de principe, en supposant établi ce qu'il faudrait démontrer. Tous les descendants sont compris dans la première classe et leur droit existe, mais paralysé par un cohéritier de rang préférable. Enfin, et nous en revenons toujours là, la Novelle n'appelle les ascendants que s'il n'y a plus aucun descendant. Le droit de transmission auquel Puchta renvoie les descendants ne sera le plus souvent qu'un secours illusoire. Nous concluons donc de tout ce qui précède qu'au temps de Justinien et sous l'empire de la Novelle CXVIII, la *succ. grad.* est admise dans toutes les classes d'héritiers.

Changeons d'hypothèse et supposons que, dans le degré appelé à la succession, il y a plusieurs héritiers et que l'un d'entre eux ne puisse ou ne veuille recueillir sa part. Devra-t-on appeler à cette part devenue vacante, les enfants du défaillant, ou devra-t-on la donner par voie d'accroissement à ses cohéritiers ? La question se présente dans l'un des trois cas suivants : *A.* Deux fils sont appelés à la succession de leur père : l'un d'eux refuse ou devient incapable : sa part accroît-elle à son frère ou va-t-elle à ses enfants ? *B.* Deux frères sont appelés à la succession d'un frère prédécédé. Si l'un refuse, la même question se pose. *C.* Enfin en présence de frères et sœurs, il y a un ou plusieurs ascendants : la part de l'ascendant défaillant sera-t-elle dévolue à un ascendant d'un degré plus éloigné ou accroîtra-t-elle à ses cohéritiers ?

L'opinion régnante, la seule vraie selon nous, est qu'il faut admettre ici que le droit d'accroissement opérera en faveur des cohéritiers du défaillant ou du renonçant.

Cette opinion se fonde sur une tradition historique facile à retrouver dans un grand nombre de textes, quelques-uns même fort voisins de la Novelle CXVIII. Elle est en outre conforme à l'idée que les Romains se faisaient de la succession. Celle-ci formait une universalité, une unité qui ne se morcelait que par la force même des choses ; mais chaque cohéritier réduit par la présence de concurrents à une vocation éventuelle au tout. La dis-

parition de quelques-uns d'entre eux le fait rentrer dans la plénitude de ses droits (136).

Cette théorie qui a été consacrée par presque toutes les législations issues du droit romain a été vivement attaquée. Deux doctrines contraires se sont élevées dont l'une donne toujours la prééminence à la *succ. grad.* tandis que l'autre sous certaines distinctions applique tantôt le *jus accrescendi*, tantôt la *succ. grad.*

Franke considère que le droit d'accroissement est un droit purement subsidiaire : il repose sur la règle romaine « *Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest* » et il n'a pas lieu de s'appliquer toutes les fois qu'il y a un héritier de degré subséquent apte à remplir la place du défailant. Mais c'est là une idée fausse. C'est donner au droit d'accroissement un fondement tout autre que le véritable. Franke assimile les héritiers du degré subséquent à des substitués testamentaires. C'est la faiblesse de son système. Il admet une nouvelle délation alors que les héritiers qui profitent de la première subsistent encore. Il est enfin forcé de méconnaître la règle que nous avons citée tout à l'heure et d'après laquelle la vocation à une partie de l'hérédité contient vocation éventuelle au tout.

Nous ne voulons point nous arrêter à une loi qu'on nous oppose.

L. 2, § 18 DXXXVIII, 17.

Ce texte bien antérieur à la Novelle CXVIII ne saurait servir à l'interpréter : la nouvelle réglementation du droit successoral l'a fait disparaître. D'ailleurs, comme le font remarquer MM. Accarias et Vangerow, ils ne s'appliquent nullement au droit d'accroissement ou à la *successio graduum* : il signifie que l'héritage de l'enfant n'est déféré à la mère que si le père n'hérite pas et dit que tout dépend de la décision que prendra la sœur consanguine.

(136) Wangerow : t. II, § 420. — Accarias : t. II, page 143, note 2.

La théorie que nous combattons (137) abuse de l'idée qui a fait établir le droit de représentation et le fausse en voulant l'appliquer dans notre espèce.

Une autre doctrine distingue : Koch et Tewes recherchent si c'est la mort ou la répudiation qui écarte le cohéritier. S'il est prédécédé : droit d'accroissement. S'il y a eu répudiation, ces auteurs font des sous-distinctions nombreuses et admettent généralement ici le droit de représentation : ils tombent dans l'exagération que nous avons signalée. M. Maynz (138), s'occupe de savoir si le cohéritier restant à un droit supérieur ou égal à celui de la personne qui veut se prévaloir de la succession pour appliquer le droit d'accroissement dans le premier cas, la *successio graduum* dans le second. Ainsi il ouvre la *successio graduum* aux descendants d'un degré éloigné, à un ascendant en concours avec des frères et sœurs, à des enfants de frères et sœurs germains ou unilatéraux.

Nous adresserons un reproche commun à toutes ces théories, c'est de faire des distinctions là où la loi n'en fait pas, et de rechercher dans des matières étrangères à la nôtre la raison de décider.

Nous dirons donc, et c'est notre conclusion, que la *successio graduum* aura lieu toutes les fois que le droit d'accroissement ne devra pas s'appliquer en vertu de la maxime : « *Nemo partim testatus nemo partim intestatus decedere potest.* »

Nous sommes arrivé au terme de cette étude et nous avons pu apprécier les changements profonds que les siècles ont apportés au droit successoral romain en même temps qu'ils modifiaient l'organisation de la propriété et de la famille. C'étaient là des conséquences inséparables de la marche des âges et de la civilisation. Nous avons essayé, chemin faisant, de le faire com-

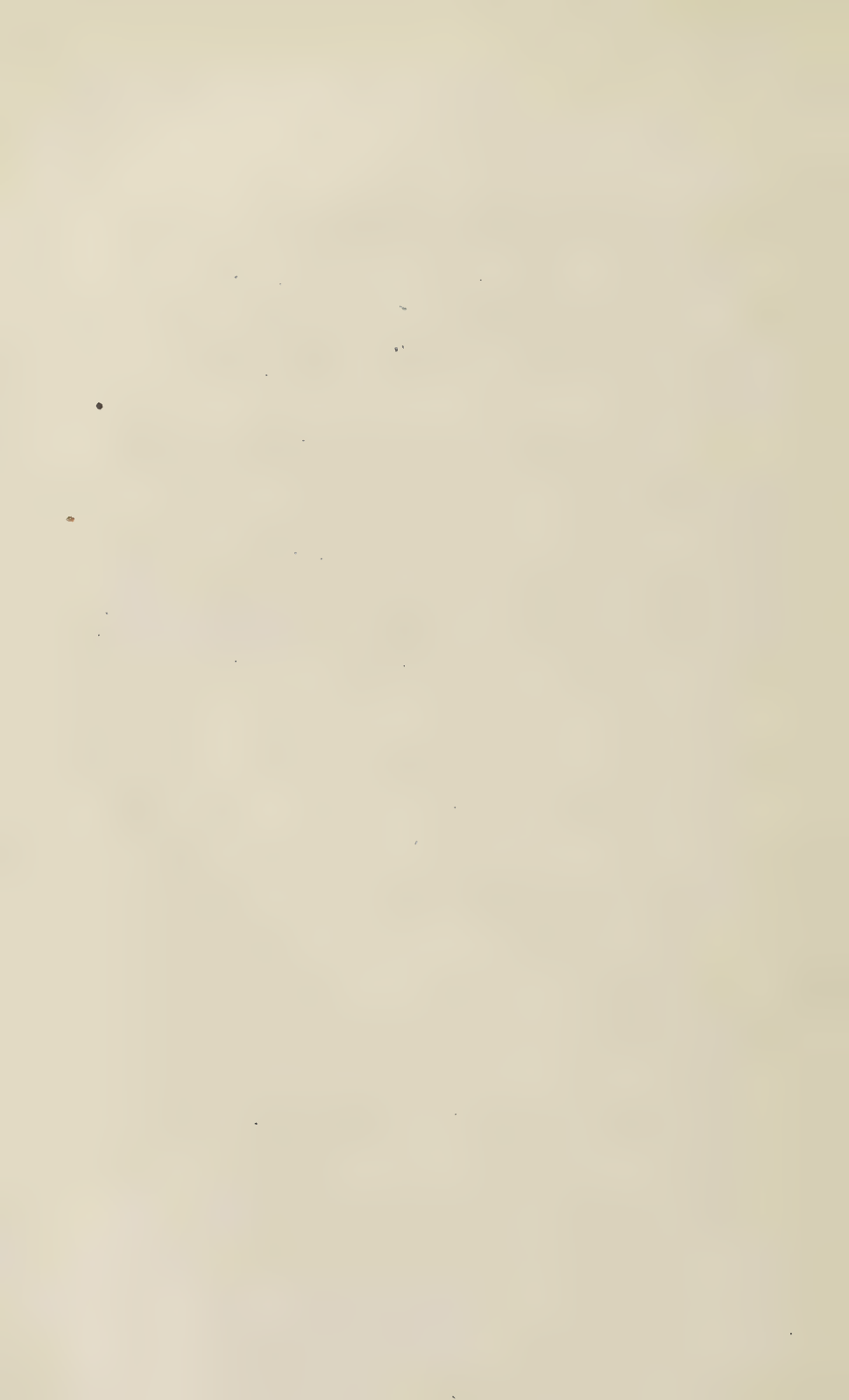
(137) La théorie de Franke est adoptée par Windscheid : t. III, § 573, note 5.

(138) Maynz : t. III, § 377. Obs. 2.

prendre et d'indiquer les causes de cette évolution. Nous ne voulons pas nous exposer à des redites en montrant l'importance et en même temps l'intérêt. Ce qui prouve mieux que tout éloge l'excellence de l'œuvre entreprise par Justinien, c'est la fortune qu'elle a eue. Le régime créé par lui a survécu non seulement à son auteur mais encore à la ruine de l'empire romain, et à l'heure actuelle, il fait le fond de la plupart des législations européennes.

Nous devons signaler une erreur fâcheuse, dans laquelle Justinien est tombé. Le droit qu'il créait, il en refusa, par une odieuse exception, l'usage aux hérétiques. Cet acte d'intolérance est une tache dans cette œuvre si parfaite et la confiscation qui frappe les non-catholiques fut une grande injustice. La postérité fut longue à réparer cette faute. Mais l'heure de la tolérance et de la charité parfaite n'avait pas encore sonné. Viendra-t-elle jamais ?





DROIT FRANÇAIS

LE

CONTRAT DE MARIAGE

En Droit comparé et en Droit international

INTRODUCTION

Le temps n'est plus, où un peuple peut impunément s'isoler de ses voisins et vivre sans relations avec eux. Une telle situation amènerait promptement sa décadence et sa ruine. Il y a entre les nations comme entre les hommes des droits et devoirs de sociabilité qu'on ne saurait violer en vain, et le *Vœ soli* de l'Écriture s'applique aux peuples comme aux individus. Ces rapports internationaux sont la condition indispensable de tout progrès. Nés des besoins de l'industrie et du commerce, ils créent entre les divers pays une solidarité d'intérêts plus puissante à coup sûr que la solidarité fondée sur la communauté d'origine et constituent un élément de paix fort influent.

C'est surtout de nos jours que cette idée a été comprise et que

les divers Etats de l'Europe ont ouvert leurs frontières aux commerçants et aux industriels étrangers. Ce mouvement va même entraîner les pays d'Orient, si longtemps fermés à toute influence étrangère. Mais l'étranger peut ne pas chercher seulement chez une nation voisine les bénéfices et des profits nés du commerce. Il peut aussi chercher sur son territoire un climat plus sain, un asile contre des poursuites imméritées. Il s'y établira, achètera des terres, créera un établissement et, si sa nouvelle vie lui plaît, il pourra renoncer définitivement à son ancienne patrie, se marier et fonder une famille dans le pays où il a transporté son domicile. Et de fait, ces mariages entre individus de nationalité différente deviennent de plus en plus fréquents, les statistiques en font foi.

De tels résultats ne sauraient se produire que dans les temps modernes. L'antiquité, en effet, répugnait profondément à ce mélange des étrangers avec les nationaux ; l'histoire de tous les peuples anciens en est la preuve. Sans parler de l'Egypte, qui considérait les étrangers comme des races impures et perverses, nous pouvons citer le peuple hébreu. En cent endroits divers, le législateur juif défend aux fils d'Israël d'épouser des femmes étrangères ou de livrer leurs filles à des étrangers. Il en est de même de la Grèce qui n'était cependant, pour me servir d'un mot nouveau, qu'une expression géographique. Il n'y avait aucun lien entre diverses républiques, les Grecs n'étaient les uns pour les autres que des étrangers. Si au moment des guerres médiques le sentiment d'un danger commun les avait un instant rapprochés, le péril passé, leur esprit de particularisme avait bien vite repris le dessus et la division, les rivalités et les guerres intestines avaient reparu. L'effort que la Grèce avait fait contre les Perses semble avoir épuisé toute sa force d'association, et, quand plus tard Philippe et Alexandre, et ensuite les Romains, voulurent les soumettre, ils eurent facilement raison de ces républiques divisées qui n'avaient su devant l'ennemi commun faire trêve à leurs dissensions. Cet esprit d'exclusion

ne se manifestait pas seulement dans le domaine des droits politiques, mais encore dans celui du droit civil. C'est ainsi qu'un Athénien ne pouvait épouser une Thébaine ou une Corinthienne. Quant à Sparte, on sait avec quelle rigueur brutale elle chassait tout individu étranger à la cité. Sans doute divers traités étaient intervenus, ouvrant aux citoyens des villes alliées quelques-uns des droits civils. Mais c'était l'exception et le traité n'avait qu'un but restreint et précis.

Si les hommes libres des cités grecques étaient ainsi traités, il est facile de concevoir comment les Barbares étaient reçus. Les Barbares étaient des esclaves sans civilisation, nés pour la servitude et privés d'intelligence. Avec cette idée, que se faisaient les Grecs de tous les hommes dont ils n'entendaient point la langue, on comprend qu'ils ne leur reconnussent aucun droit. Entre les Hellènes et les Barbares il y avait guerre perpétuelle ; le seul droit était celui de la force et des armes.

Si tels étaient les principes admis en Grèce dans les relations entre citoyens, Grecs et Barbares, leur rigueur était heureusement tempérée par le caractère doux et humain des Hellènes. A Rome, au contraire, ces idées furent poussées jusque dans leurs conséquences les plus dures. Les latins et les pérégrins ne jouirent dans le principe d'aucun des droits reconnus par les lois de la cité. Toutefois, quand la ville grandit, quand ses relations commerciales avec les peuples voisins s'accrurent, on comprit les inconvénients de ce système et on fit la distinction bien connue entre les facultés du droit des gens et les facultés du droit civil pur. Les premières furent ouvertes à tous, les secondes réservées aux seuls citoyens, et parmi ces dernières nous trouvons le *connubium*. Jamais il ne fut permis aux citoyens de contracter avec des étrangères les *justæ nuptiæ*, c'est-à-dire le mariage produisant tous les effets que le droit romain y attachait. Quelquefois, par faveur, le *jus connubii* fut accordé à des latins et à des pérégrins, mais c'était une exception toute de faveur, confirmant par là même la prohibition générale. L'édit

de Caracalla qui conférait le droit de cité à tous les hommes libres habitant le territoire de l'empire romain dut atténuer singulièrement la rigueur des principes primitifs jusqu'au moment où Justinien supprima toute différence de noms et de droits entre les citoyens, les latins et les pérégrins. Quant aux Barbares, jamais on n'admit même exceptionnellement le *jus connubii* entre les Romains et eux, et les empereurs Valentinien et Valens allèrent même jusqu'à punir de mort tout romain qui épouserait une femme barbare (1). Cette peine excessive fut abrogée par Justinien, qui maintint cependant la défense des mariages entre Romains et Barbares (2).

Telle fut, exposée en quelques mots, la théorie admise chez les peuples anciens sur le mariage entre individus n'appartenant pas à la même nationalité. Chaque Etat ferme ses frontières et, si les besoins du commerce ou les nécessités politiques le forcent à les ouvrir, il ne le fait que malgré lui et n'accorde aux étrangers que le moins de droits possible. Ce système s'explique facilement pour qui considère la constitution politique et religieuse des nations antiques.

Comme l'a très-bien remarqué M. Ihering, l'Etat ancien repose sur l'association des familles, des races et non sur la réunion des individus. L'individu ne compte pas. Celui-là seul jouit des droits civils et politiques qui fait partie d'une souche. « Comme
« les familles diverses occupent pour ainsi dire tous les abords
« de l'Etat, l'étranger ne reçoit accès dans la société politique
« que s'il trouve accueil dans une souche. Mais cet accès n'est
« possible que dans des limites restreintes. *L'union des races*
« *est obligée d'être exclusive si elle ne veut concourir à sa*
« *propre ruine* (3) ». En effet, le nombre de ces familles est limité

(1) Loi un. C. Th. *De nupt. gent.*, II, 14.

(2) Inst., I, 10, pr.

(3) Ihering : *Esprit du Droit romain*, t. II, page 180. Trad. de M. de Meulenaere.

et le nombre de leurs membres peut être fort restreint. On voit alors quels inconvénients pour le maintien de l'unité nationale il y aurait à laisser les étrangers s'introduire en maîtres dans la cité. Ils peuvent commercer, trafiquer avec les citoyens sous la surveillance de la loi. Mais, s'ils veulent pénétrer dans les familles de la cité, s'introduire dans ces unités dont l'ensemble forme l'Etat, on les écarte obstinément. On leur défend d'épouser des étrangers qu'on regarde comme un élément de décomposition pour l'unité nationale.

Outre ce motif que nous appellerons d'ordre intérieur, il y en avait un autre tiré des relations de peuple à peuple. On se souvient que chez les nations anciennes l'état de guerre est supposé *à priori* comme seul rapport international. Pour qu'il en soit autrement il faut qu'il y ait eu un traité formel (*pacisci, pax*). De cette façon, non-seulement l'étranger était suspect d'indifférence pour les lois nationales, mais encore d'hostilité ; recevoir l'étranger dans la cité était pour beaucoup de législateurs comme Lycurgue, réchauffer dans son sein un serpent dont la morsure donnait la mort.

Enfin les idées religieuses des anciens s'opposaient à ce qu'on admît les étrangers dans la cité au même titre et avec les mêmes droits que les nationaux. Dans un pays de théocratie pure comme était le peuple juif, on comprend l'expulsion des étrangers. Isolés, peu nombreux il répugnait aux Hébreux d'admettre dans leur sein les peuples idolâtres et païens qui les entouraient. Leur présence eût souillé le temple de Jérusalem. Dépositaires de la vertu divine, ils la gardaient avec un soin jaloux et l'influence des nations voisines eût pu en ternir l'éclat. Les peuples païens avaient des raisons analogues. On sait combien chez eux le droit public et le droit religieux étaient étroitement unis. On peut même dire que le droit entier au moins dans le principe était religieux. Or, la religion des anciens, loin de vouloir faire aucun prosélyte, cherchait à cacher ses mystères,

quelquefois le nom de ses dieux (4) : on craignait que des nations hostiles connaissant les divinités protectrices de la cité ne pussent, par des sacrifices, se les rendre favorables, et pour ainsi dire les faire changer de camp. Ce qui se produisait dans l'Etat se produisait aussi dans la famille. La famille avait ses dieux particuliers auxquels elle rendait un culte fervent. Permettre à des étrangers d'entrer dans la famille à titre d'époux ou d'épouse c'était les associer au culte domestique ; car le mariage, s'il n'était pas par lui-même un acte religieux, avait pour effet d'unir la femme à son mari dans les sacrifices à faire aux dieux tutélaires du foyer.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte clairement que les mariages entre nationaux et étrangers étaient fort rares pour ne pas dire nuls dans l'antiquité, et les conflits de lois diverses ne pouvaient se présenter à propos des relations personnelles établies par le mariage entre les époux ou des effets de ce même mariage sur les biens et la fortune des conjoints.

Mais un nouvel ordre de choses a paru. Des débris de l'Empire romain sont nés des Etats puissants, capables de se défendre au dedans et au dehors et n'ayant plus la crainte incessante d'être absorbés par les nations voisines. Une révolution plus grande encore a été opérée par le Christianisme. Nous ne nous trouvons plus en face d'une religion locale et exclusive, jalouse de rester secrète. L'essence du Christianisme est le prosélytisme, le groupement des hommes dans une même foi et dans un même symbole. Par là, il les rapproche et les unit. Le caractère qu'il a imprimé dès le principe aux relations d'individu à individu s'est étendu peu à peu aux relations de peuple à peuple. Les besoins du commerce, les découvertes de la science, en créant des moyens de transport nouveaux, ont multiplié les rapports in-

(4) C'est ainsi que *Rome* était simplement le nom populaire de la ville fondée par Romulus. Son nom archaïque et mystique était *Valentia*, mot qui a du reste un sens analogue à celui du premier.

ternationaux. Il n'est plus de nation méritant vraiment ce nom qui ferme ses frontières aux habitants des pays étrangers (5). Le principe est universellement admis, son application n'est qu'une question de mesure.

Du jour où deux individus de nationalité différente ont pu contracter ensemble, tout contrat, comme disait un avocat célèbre, contenant en soi le germe d'un procès, de ce jour le droit international était né. Que l'une des parties se refuse à exécuter ou exécute mal ; qu'une difficulté s'élève, que les parties n'ont pas formellement prévue dans le contrat, quelle loi appliquer ? Sera-ce celle du créancier ou au contraire celle du débiteur ? Quelle sera la juridiction appelée à trancher le différend et en quelles formes ? Telles sont les questions nombreuses et pressantes qui peuvent dès lors s'élever et que le droit international est appelé à trancher.

Ces conflits peuvent naître dans la matière du mariage. Nous ne trouvons plus ici la prohibition établie par l'antiquité. Sauf quelques rares pays, comme le Pérou et certaines républiques de l'Amérique du Sud et de l'Amérique centrale, tous les Etats chrétiens permettent le mariage entre leurs sujets et les sujets d'Etats étrangers. Ces mariages sont même fort nombreux sur les frontières d'Etats limitrophes. Quelles règles établir d'abord en ce qui touche la capacité de contracter mariage, les droits et devoirs des époux, l'état des enfants ? Il y a encore d'autres difficultés. Le mariage ne produit pas seulement des effets quant à la personne des époux, il étend encore son action à leur fortune.

(5) L'Angleterre elle-même, qui a si longtemps refusé aux étrangers le droit d'acquérir des terres et des droits réels en Angleterre, vient, par un *bill* du 12 mai 1870, trop peu connu en France, d'assimiler les étrangers aux sujets anglais pour tout ce qui concerne « la possession, la puissance, l'acquisition, la transmission par tous les modes légaux de la propriété mobilière et immobilière ». *Annuaire de lég. comp.* I, 1872, p. 6. — *Bulletin de la Soc. de lég. comp.* Année 1872, p. 71, et ss. M. Bertrand.

S'il y a un contrat de mariage (6) exprès et formel, étendra-t-il son empire hors des limites du territoire où il a été fait ou de celui pour lequel il a été fait ? Supposons qu'il n'y a pas eu de contrat, les difficultés augmentent. Les lois de tous les pays prévoient cette hypothèse et organisent un régime légal. Mais, suivant les traditions locales, suivant le régime de la propriété, suivant l'organisation de la famille, suivant même l'état politique du pays, ce régime varie. A peine pourrait-on trouver deux pays ayant sur ce point la même législation. Un Allemand épouse en France une Italienne, puis va plus tard se fixer en Angleterre. Devra-t-on suivre la loi allemande, la loi française ou la loi italienne ? Le changement de domicile influera-t-il sur le régime des biens au point de faire prévaloir définitivement la loi anglaise ?

Ce sont ces conflits de lois diverses et souvent contradictoires que nous nous proposons d'étudier. Nous nous efforcerons, dans un sujet aussi délicat, de poser les règles générales qu'on pourra ensuite appliquer aux questions de détail (7).

Toutefois, avant d'aborder l'étude du droit international proprement dit, nous croyons devoir présenter un tableau aussi complet que possible des divers régimes matrimoniaux adoptés en Europe. Malheureusement, les documents font trop souvent défaut sur ce point comme sur d'autres questions de droit com-

(6) Nous ne mentionnons pas les difficultés qui peuvent s'élever à propos du contrat considéré en lui-même, sur sa forme, sur la capacité nécessaire pour le consentir.

(7) Une difficulté complique notre matière. Comme toute science qui commence, le droit international n'a pas encore de terminologie bien arrêtée. Ce défaut est surtout frappant ici ; nous n'en voulons donner qu'un exemple. Pour certains auteurs, le domicile matrimonial est celui où s'est célébré le mariage ; pour d'autres, c'est celui où les époux entendent s'établir après le mariage ; ce dernier sens est celui qui tend à prévaloir et que nous adopterons.

paré. Cependant les ouvrages de MM. Laurent, Fœlix, Gide, Wheaton et Lawrence, les renseignements qu'on peut puiser dans le *Journal de droit international* de M. Clunet ou dans la *Revue de Gand* nous seront d'utiles secours pour étudier les législations étrangères.

Nous diviserons donc notre travail en deux parties.

La PREMIÈRE PARTIE sera relative au droit comparé.

La DEUXIÈME PARTIE sera relative au droit international proprement dit.



PREMIÈRE PARTIE



DROIT COMPARÉ



La défaite de Varus dans les forêts de Teuteburg plongea Auguste dans un désespoir qui, dit-on, hâta sa fin. Combien plus amère encore et plus profonde eût été sa douleur, s'il eût pu y voir le prélude de défaites sans nombre qui allaient briser l'empire et engloutir Rome sous une avalanche de Barbares. La ville impériale devait tomber sous leurs coups et les provinces les plus reculées de l'empire, celles d'Afrique, par exemple, allaient voir ces sauvages envahisseurs leur apporter la dévastation et la mort. Deux races entamaient une lutte qui devait durer des siècles et n'est point encore terminée. En face du vieux monde romain civilisé et organisé, se dressait un peuple jeune et fier, plein de sève et d'énergie, né pour la guerre et ne connaissant que le droit de la force. Les défaites ne l'effrayaient point et les guerriers tombés étaient aussitôt remplacés par des guerriers plus nombreux encore et plus entreprenants. Mais les Germains, vainqueurs par les armes, furent vaincus par les mœurs et les institutions de Rome.

Si nous voulons connaître les résultats de cette rivalité tantôt sanglante, tantôt pacifique de l'élément latin et de l'élément germanique, il suffit de jeter les yeux sur une carte de l'Europe et de l'Asie. Le Nord de l'Europe, nous voulons dire la Scandinavie, est resté purement germanique : les idées ro-

maines n'ont pénétré là que très tard et n'y ont produit aucun effet. Nous retrouvons encore l'influence germanique prépondérante dans les provinces baltiques de la Russie, c'est-à-dire dans l'Esthonie, la Livonie, la Courlande, dans le grand-duché de Finlande détaché de la Suède au commencement de ce siècle seulement, et enfin dans l'empire d'Allemagne. Dans ce dernier pays, le droit romain avait pris, au XVI^e et au XVII^e siècle une autorité exagérée et s'était imposé aux universités et aux tribunaux. Mais depuis lors, le droit local, qui est le droit germanique, a vigoureusement réagi, et aujourd'hui on est d'accord pour ne plus lui reconnaître qu'une valeur supplétive et accessoire pour les matières non réglées par les lois et statuts territoriaux. En Autriche, le droit romain passa par les mêmes phases de grandeur et de décadence. Toutefois la trace de son passage s'est imprimée d'une façon frappante dans le Code civil autrichien de 1812 : le fond en reste cependant profondément germanique. En France, la lutte fut plus vive encore. Le droit romain et le droit germanique se partageaient le pays, tantôt se repoussant, tantôt faisant entre eux des emprunts et des échanges (8). Dans le Code de 1804, le droit romain fut plus généralement suivi et ce n'est que sur quelques points et pour ancien par exception que le droit coutumier, héritier du droit germanique, réussit à se maintenir. Si nous le voyons l'emporter dans la matière du contrat de mariage, c'est au contraire au droit romain qu'on s'en rapporte en ce qui a trait aux successions, aux obligations et à la prescription. Encore faut-il reconnaître que, si le régime de communauté est traité avec une grande faveur par la loi française, le régime dotal n'en tient pas moins une large place dans le Code et dans les habitudes du pays.

(8) Qui ne connaît la curieuse odyssée du principe consacré par l'art. 2279, maxime essentiellement germanique rejetée par les pays de coutumes, adoptée dans les pays de droit écrit, qui la renvoyèrent enfin dans son ancien empire.

Un pays limitrophe de l'Allemagne et de la France a, lui aussi, subi l'influence du droit romain, mais sur une grande partie de son territoire le droit germanique s'est maintenu. Nous voulons parler de la Suisse. Les divers cantons ont subi l'influence de la puissance la plus rapprochée d'eux : les uns, comme Vaud, Fribourg et Neuchâtel gardant les coutumes germaniques ; les autres, comme le Tessin et le Valais restant fidèles aux traditions romaines.

L'Angleterre n'a pas été longtemps soumise à la domination romaine. Les armées de Rome n'y firent que de courtes apparitions et ne s'y établirent jamais aussi solidement que dans le territoire continental de l'empire. Aussi les mœurs et les usages des vainqueurs ne conquièrent pour ainsi dire que la surface du pays, sans réussir à y prendre racine et bien que les Bretons aient eu des administrateurs comme Agricola et des juges comme Papinien, ils n'ont rien conservé des lois et des institutions de Rome. Deux invasions venues toutes deux des mêmes contrées effacèrent jusqu'au dernier des vestiges que le droit romain avait pu laisser en Bretagne. Les Saxons venus du Jutland et de ce que nous appelons aujourd'hui la Hollande, avaient apporté dans le pays les traditions de la Germanie. La conquête danoise ne fit que confirmer cet état de choses. Plus tard, quand Guillaume et ses compagnons s'emparèrent du pays, il y importèrent le régime féodal qui prévalait en France ; mais le fond du droit resta le même, cela d'autant plus facilement que les Normands étaient en somme des Germains. La renaissance du droit romain en France n'eut aucun contre-coup en Angleterre, et le schisme de Henri VIII lui ôta toute chance de succès. Ces considérations expliquent comment le droit de l'Angleterre est resté un droit absolument particulier. C'est le droit germanique, non pas le droit germanique primitif tel qu'on pourrait le retrouver en Suède et en Norvège, mais un droit germanique modifié par l'esprit féodal, qui a imprimé son cachet sur le régime successoral, sur la situation des femmes, sur le caractère de réalité des lois anglaises.

Le droit de la Grande-Bretagne s'est étendu aux pays dont les Anglais se sont emparés et qu'ils ont colonisés. Ainsi, sauf de rares exceptions et sauf les territoires appartenant jadis à la France ou à l'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique suivent la loi anglaise, et, chose remarquable, les réformes consacrées par le Parlement d'Angleterre dans le domaine du droit civil sont le plus souvent reproduites par les diverses législatures de l'Amérique du Nord. Certaines parties du Canada, l'Australie suivent aussi la loi civile anglaise.

Tel est le domaine fort étendu, on vient de le voir, du droit germanique. Plus étendu encore est le domaine du droit romain. Nous allons en décrire les limites en quelques lignes.

Nous avons déjà vu qu'en France le droit romain avait conservé une influence considérable surtout au Midi. Les Barbares, après avoir envahi la Gaule, l'avaient laissé subsister comme droit particulier des vaincus et même les Visigoths l'avaient adopté comme droit national pour eux-mêmes.

Pendant le moyen-âge, dans les pays situés au Nord de la Loire il s'éclipsa pour céder la place aux coutumes et statuts des vainqueurs. Le Code de 1804 fondit ensemble ces deux législations rivales pour en faire le droit commun de la France (9).

Ce que le Code Napoléon fit en France, les jurisconsultes l'avaient fait en Allemagne et en Autriche. La fusion opérée dans ces deux pays entre le droit allemand et le droit romain fut surtout l'œuvre de l'interprétation. Mais le droit du peuple-roi exerça là une influence moins considérable que dans notre pays et n'agit guère que sur le droit des obligations.

Dans l'Europe du Sud, c'est le droit romain qui l'emporte. Il y a à cela plusieurs motifs. D'abord ces pays furent plus longtemps et plus complètement soumis à Rome que les pays du Nord. De

(9) Voir dans l'ouvrage de M. Glasson. *Mariage civil et divorce*, 2^e édit. page 93, ce qu'il y a de germanique et ce qu'il y a de romain dans notre Code civil.

plus, les Barbares arrivèrent moins serrés et moins nombreux en Italie, en Espagne, que dans le Nord de la Gaule et n'y prirent pas une assiette aussi solide. Les Hérules d'Odoacre furent chassés par les Ostrogoths d'Alaric, lesquels durent à leur tour s'effacer devant les Lombards. Nous ne parlons pas des Vandales qui avaient passé sur l'Italie comme une tempête dévastatrice pour aller se perdre en Mauritanie. Les Visigoths ne pénétrèrent en Espagne que devant les armes des Francs et après qu'un assez long séjour dans la Gaule d'Aquitaine les eut initiés aux mœurs et aux institutions de Rome. Dispersés au milieu d'une population à laquelle ils avaient laissé sa législation, ils furent vite absorbés par elle et en prirent de bonne heure les coutumes et les usages (10).

L'Italie se trouve tout naturellement au premier rang des nations qui ont conservé les traditions du droit romain. Un seul code germain avait eu chez elle force de loi ; c'était le recueil des lois lombardes. Mais peu à peu elles subirent l'influence puissante et absorbante du droit romain à tel point qu'au moyen-âge ce dernier forme le droit commun pour les divers Etats de l'Italie, excluant le droit canonique dans les possessions mêmes du Saint-Siège. Plus tard les Codes de Sardaigne, de Piémont, de Parme et de Modène suivaient aussi le droit romain. Le 1^{er} janvier 1866, est entré en vigueur un Code civil unique pour toute l'Italie. Ce Code, fait à l'image du nôtre, écarte tout ce qui n'est pas de tradition romaine. Il ne prend pour base que le droit romain mais en le pliant dans une très heureuse mesure aux nécessités de la société actuelle.

C'est par le droit canonique et avec lui que le droit romain est entré en Espagne. Les Visigoths en avaient adopté les nombreuses règles et plus tard Alphonse X dans sa compilation des *Siete*

(10) Qui se mêle aux Italiens, disait Cassiodore, le ministre célèbre de Théodoric, devient bientôt sujet de la loi romaine. « *Juri romano servit quidquid sociatur Italiæ.* » Glasson : op., cit., p. 8.

Partidas s'efforça de faire du droit romain et du droit canonique la législation de l'Espagne entière. Mais des coutumes visigothes s'étaient profondément implantées dans le sol et la conquête sarrazine les avait fortifiées plutôt qu'arrachées. Ainsi les codifications postérieures, telles que la loi de Toro, durent s'incliner devant le fait accompli et consacrer un régime dotal mélangé de communauté d'acquêts, maintenir le sénatus-consulte Velléen tout en permettant au mari d'habiliter sa femme par une autorisation qui n'est pas d'origine romaine (11).

Le Portugal, uni dans le principe à l'Espagne, et régi par les mêmes lois qu'elle, a ensuite adopté le droit romain comme seule législation. Les divers recueils d'ordonnances rédigés postérieurement au XV^e siècle, lui firent tous une très large part et il en est de même du Code qui gouverne le Portugal depuis 1868.

Le commerce de l'Espagne et du Portugal fit, avec les navires de ces deux puissances, rayonner leurs lois et leurs coutumes. C'est ainsi que le Portugal a donné au Brésil son droit civil, et qu'au Pérou on suit encore les lois des *Fueros reales* et des diverses *Recopilacions* que promulguèrent les rois d'Espagne (12). L'influence hispano-portugaise, c'est-à-dire romaine, ne s'est pas seulement étendue à l'Amérique du Sud, elle a encore enveloppé dans son mouvement l'Amérique centrale, le Sud de l'Amérique du Nord.

Enfin, si nous quittons les pays transocéaniques pour revenir à l'Europe, nous retrouvons dans les contrées méridionales de l'Ouest de l'Europe l'influence du droit romain ou, pour parler plus exactement, du droit gréco-byzantin. Après la séparation de l'empire d'Occident et de l'empire d'Orient, et après la chute du premier, le droit romain avait momentanément disparu en

(11) Voir l'ouvrage déjà cité de M. Glasson : pages 8 et suivantes.

(12) La séparation des colonies espagnoles et portugaises de la métropole n'exercera qu'une influence très secondaire sur leur législation intérieure, du moins au point de vue du droit civil.

Italie et en Gaule, étouffé par les coutumes germaniques. En Orient, au contraire, il s'était maintenu. Mais l'œuvre de Justinien était trop considérable et surtout trop compliquée pour les jurisconsultes et les magistrats de cette époque de décadence. C'est pourquoi les empereurs promulguèrent des sortes de recueils et de résumés juridiques. Les plus importants au point de vue du droit civil sont l'*Ecloga* publiée en 1740 par les empereurs Léon l'Isaurien et Constantin IV Copronyme, et le *Prochiron* donné en 870 par l'empereur Basile 1^{er}. Ces recueils formèrent le droit commun des peuples de la péninsule des Balkans et des Provinces danubiennes. On en retrouve certaines dispositions en Serbie, et, suivant M. de Hubé (13), en Bulgarie et dans le Montenegro. On peut en donner deux motifs. Les peuplades slaves qui envahirent ces régions trouvèrent là un droit tout fait et complet : elles le laissèrent aux vaincus et peu à peu l'adoptèrent pour elles-mêmes. De plus leur conversion au Christianisme de l'Eglise d'Orient devaient hâter ce résultat.

De même, la Roumanie a conservé son droit ancien. Lors de l'invasion des Turcs en Europe, la Moldavie et la Valachie, vassales de l'empire ottoman, conservèrent leur droit propre dont a hérité le royaume actuel de Roumanie. Sans doute, cet Etat a un Code civil presque entièrement copié sur le nôtre ; mais le législateur roumain a abandonné son modèle pour revenir au droit romain, chaque fois que notre loi consacre les traditions germaniques.

En Grèce, quelques lois particulières ont successivement réglementé certaines matières de droit civil ; mais ce pays n'a pas de Code civil. Le droit commun est constitué par les constitutions des empereurs d'Orient contenues dans le Promptuaire d'Harménopule. Cet état de choses découle d'une ordonnance royale du 23 février 1835. Nous avons jusqu'ici laissé de côté, dans nos recherches,

(13) M. Romuald de Hubé : *Droit romain et gréco-byzantin chez les peuples slaves*, traduit par M. A. Stekert.

un grand empire qui occupe à l'Ouest de l'Europe un territoire immense. Nous voulons parler de la Russie, Etat plus oriental qu'européen. Les habitants n'appartiennent à aucune des deux grandes familles que nous venons d'étudier, mais bien à la race slave. Qu'en est-il du droit russe? Quelle est, si nous pouvons ainsi dire, sa généalogie? Si nous en croyons M. de Hubé (14), le droit byzantin pénétra en Russie, après la conversion de ce pays au rite grec. Ce droit fut appliqué par les tribunaux ecclésiastiques, qui jugeaient, non pas seulement les affaires concernant l'Eglise, mais encore tous les différends des populations habitant les terres de l'Eglise et en général toutes les affaires concernant les successions, les testaments, les contestations de fortune entre les époux. Le cadre de cette étude ne nous permet pas de reproduire les arguments présentés par l'auteur à l'appui d'une thèse, qui n'a rien d'in vraisemblable, étant donnée la proximité des Provinces danubiennes et la fascination qu'exerçaient sur les barbares envahisseurs le nom et les institutions de l'empire romain. Mais Constantinople tomba aux mains des Turcs, et Pierre-le-Grand parut, qui voulut faire de son empire un Etat européen. Ce prince et ses successeurs procédèrent par voie de dispositions particulières. En 1835 parut le Recueil des 35,000 lois et ordonnances qui régissent la Russie. C'est le *Svod* ou Digeste, qui a consacré les dispositions de l'ancien droit slave quant au régime de la famille et de la propriété, mais qui a subi, quant aux autres matières, l'influence plus ou moins directe du droit germanique. Il s'en faut de beaucoup que le *Svod* étende son action sur l'empire entier. Nous avons vu que la Finlande a conservé le droit suédois et que les Provinces baltiques appartiennent au droit germanique pur. Ajoutons que la Pologne russe est, sauf en quelques points, régie par le Code civil français, introduit en ce pays en 1808 (15). Enfin les paysans russes observent les

(14) Op. cit. pages 30 et ss.

(15) Les dispositions du Code polonais ont été modifiées en 1825 en ce qui touche notre matière.

anciennes coutumes slaves et ils composent à eux seuls les cinquantièmes de la population de l'empire. La Russie est donc bien loin de l'unité législative, but auquel tendent les efforts de tous les Etats civilisés, but essentiel à atteindre si l'on veut assurer la bonne administration de la justice.

Cette esquisse de géographie juridique était nécessaire pour nous fournir un plan dans l'étude de droit comparé que nous allons entreprendre. Nous avons reconnu que les législations de l'Europe s'étaient formées sous l'influence de deux courants bien distincts. Tandis que les unes viennent du droit germanique, les autres ont puisé leurs décisions dans le droit romain. Mais il en est d'autres plus éclectiques pour ainsi dire qui ont combiné ces deux éléments ; ce sont tout naturellement celles qui sont nées dans les pays où le monde germain venait se heurter contre le monde romain. Lorsque nous disons que les autres Etats s'en sont tenus au droit germanique ou au droit romain, il ne faudrait pas prendre ces termes absolument à la lettre. Comme le montre M. Glasson, le droit féodal et le droit canonique ont partout exercé une influence relative : « Les nations les plus
« attachées à leurs coutumes anciennes ont subi, dans certains
« cas, l'influence romaine ; c'est ce qui a eu lieu en Angleterre.
« A l'inverse, les pays de droit romain par excellence, comme
« l'Italie, se sont approprié des coutumes germaniques (16) ».

Nous diviserons notre matière en cinq chapitres :

PREMIER CHAPITRE : *Pays où domine l'élément romain.*

DEUXIÈME CHAPITRE : *Pays où domine l'élément germanique.*

TROISIÈME CHAPITRE : *Pays où l'élément romain et l'élément germanique se sont fondus.*

QUATRIÈME CHAPITRE : *Droit anglo-américain.*

CINQUIÈME CHAPITRE : *Droit russe.*

(16) Glasson : *op. cit.*, page 6. — Nous verrons que le Code italien permet aux époux de stipuler une communauté d'acquêts fort restreinte, il est vrai, mais dont le principe ne vient assurément pas du droit romain.

Le caractère particulier du droit anglais et du droit russe nous oblige à en faire l'objet de deux chapitres spéciaux. Cette division donnera plus de clarté à nos explications.

Nous n'étudierons dans ces diverses législations qu'un point particulier : le contrat de mariage. Nous verrons les formes prescrites, la capacité requise des parties contractantes, enfin les effets quant au régime adopté. Nous devons nous occuper aussi du cas spécial où les époux n'ont pas fait de contrat et chercher quel régime la loi organise en cette hypothèse.

Il n'est pas besoin de montrer l'importance de cette étude. D'abord au point de vue du droit international, la statistique prouve que les conflits de lois en cette matière vont se multipliant de jour en jour. Ensuite, au point de vue du droit comparé, la question est intéressante et la comparaison à faire entre nos lois et celles des pays étrangers peut apporter d'utiles enseignements sur les réformes à introduire dans notre Code, des motifs nouveaux pour trancher les controverses qui s'élèvent dans la jurisprudence et la doctrine.

CHAPITRE I^{er}

Pays où domine l'élément romain

I. — ITALIE.

C'est évidemment en Italie que le droit romain a dû conserver sa forme la plus pure, sa vigueur la plus grande. Alors que toutes les règles du droit public se trouvaient ébranlées et renversées par les invasions successives qu'eut à subir la péninsule, le droit civil renfermé dans son humble sphère était resté à l'abri des révolutions. Le droit romain avait inspiré tous les statuts et toutes les coutumes qui régirent les Etats italiens jusqu'en 1808, époque à laquelle Napoléon étendit à l'Italie le Code dont il avait doté la France. Après le départ des Français, les nouveaux maîtres du pays, étrangers pour la plupart, promulguèrent des Codes copiés presque tous sur le nôtre. C'est ainsi qu'avant 1866, on peut voir régner en Italie deux systèmes différents de législation. La Toscane et les Etats du Saint-Siège n'ont pas de Code civil ; ils en sont revenus à leurs anciennes coutumes qui sont de droit romain pur. Au Nord et au Sud de la péninsule nous trouvons au contraire des Codes civils issus directement du nôtre : le Code civil des Deux-Siciles promulgué en 1819, le Code des duchés de Parme, Plaisance et Guastalla donné en 1820, le Code Sarde publié par Charles Albert en 1837 pour le Piémont et étendu en 1848 à la Sardaigne, enfin le Code du duché de Modène rédigé en 1851. Nous ne mentionnons pas ici la Lombardie et la Vénétie placées sous l'empire du Code autrichien. Mais depuis lors tous ces Etats divers ont été réunis dans la main d'un seul maître, et Victor-Emmanuel a scellé

l'unification politique de l'Italie en lui donnant l'unité législative. Le Code civil italien date de 1866, et il a été étendu en 1871 aux Etats romains dont l'armée italienne venait de s'emparer. C'est le droit romain, et le droit romain seul qui est le fondement du droit italien. Toutefois, sans se départir du respect dû aux traditions antiques dans la terre classique du droit romain, le législateur de 1866 a tenu compte dans une très-heureuse mesure des besoins de la société moderne et des progrès de la civilisation. C'est ainsi, pour en revenir à notre matière, que, conservant le régime dotal comme loi commune des époux, il y a introduit des modifications tendant à corriger les abus de pouvoir du mari et à assurer à la femme sa part légitime d'influence dans le ménage.

Pour nous rendre compte du progrès accompli, il faut rappeler le plus brièvement possible quel était le régime organisé par le droit romain quant aux biens des époux.

A Rome, tout mariage entraînait primitivement pour la femme *conventio in manum mariti*. Le patrimoine de la femme *sui juris* est acquis en propriété par le mari, et si ces biens lui viennent *dotis nomine*, on ne peut cependant pas dire qu'il y ait dot. Si la femme était *alieni juris* le père pouvait lui avancer sa part de succession qui était acquise au mari. La *manus* tomba bientôt en désuétude. La femme alors apporta au mari une part seulement de son patrimoine pour contribuer aux charges communes. Son père ou bien un tiers pouvait fournir la dot. La constitution exigeait un acte solennel opérant au profit du mari un transfert de propriété ou la naissance d'une simple créance, elle était antérieure ou postérieure (17) au mariage. Plus tard, les empereurs Théodose et Valentinien rendirent obligatoire le simple pacte de constitution de dot (18). Quel était le régime des

(17) Paul, Sent. II, 21 B, § 1.

(18) Const. 6, C. V, 11.

biens entre les époux ou, pour parler plus clairement, quels étaient les droits des époux sur la dot ?

Examinons d'abord le cas où il y avait mariage avec *manus*. Ce pouvoir particulier qu'on appelle la *manus* ne touche, croyons-nous avec M. Gide, que les rapports pécuniaires des époux et ne modifie nullement leurs rapports personnels. Elle crée une sorte de régime nuptial que les modernes appelleraient la communauté universelle. Tous les biens présents et futurs de la femme entrent dans le patrimoine du mari, patrimoine qui reviendra en entier à la femme s'il n'y a pas d'enfants, qu'elle partagera au contraire avec les enfants si le défunt en a laissé. C'est en tant qu'elle est héritière de son mari pour une part d'enfant que les textes disent qu'elle est *loco filiae* par rapport à son mari (19). Dans cette situation le mari est maître absolu des biens que la femme lui a apportés; il en dispose comme des siens propres et peut à son gré en changer la consistance et la nature. La femme n'a sur son ancien patrimoine qu'un droit successif éventuel dont le mari pouvait la priver par une exhérédation formelle (20).

Supposons maintenant qu'il n'y ait pas *manus*. Le mari est seul tenu légalement des charges qui pèsent sur le ménage. Mais il est équitable que la femme, à qui le mari donne son rang, prenne une part de ses obligations. C'est de là que vient l'idée de dot. La femme n'est pas légalement obligée de donner une dot au mari, mais il y a là une obligation morale *pietatis causa* suffisante pour empêcher la répétition de l'indu (21). Quant au père de la future épouse, il n'est point tenu de fournir une dot au mari. Mais il y est obligé vis-à-vis de sa fille. Ce qui ne fut dans

(19) Gide : *Etude sur la condition privée de la femme*, pages 134 et ss.

(20) Quelquefois cependant on faisait promettre au mari, lors de la *conventio in manum*, de restituer à la femme en cas de divorce une partie des biens qu'elle lui avait apportés. Cette clause se multiplia et devint la constitution de dot. Gide : op. cit. p. 159.

(21) L. 32, § 2. D. XII, 6.

le principe qu'un usage généralement suivi devint sous l'empire une obligation légale. Une loi d'Auguste et une constitution de Septime Sévère donnèrent à cet effet, une action à la fille contre son père.

Que la dot soit constituée par le *pater* ou qu'elle soit fournie par la femme ou des tiers, qu'elle soit adventice ou profectice, le mari en acquiert la pleine propriété. Il perçoit les fruits, exerce les actions, peut consentir des ventes, des échanges. Mais peu à peu s'introduisit une idée nouvelle qui des mœurs passa dans la loi et dans la jurisprudence : nous voulons parler de la restitution de la dot. Fournie pour subvenir aux charges du ménage, la dot n'est pas moins nécessaire après la dissolution du mariage, pour entretenir et élever les enfants qui en sont issus. Cependant par une idée de faveur très facile à justifier on admit peu à peu que la femme ou les constituants pourraient en certains cas réclamer la restitution de la dot. Nous ne voulons pas entrer ici dans les distinctions qu'on fit, suivant que la dot était profectice ou adventice, suivant que la dissolution du mariage résultait de tel ou tel événement. Disons seulement qu'il importait beaucoup de savoir si les biens constitués en dot avaient été estimés ou non. S'ils avaient été estimés, on se trouvait en face d'une vente véritable faite au mari avec constitution du prix en dot (22). Le mari était quant à ces valeurs un véritable acheteur supportant les risques, ayant droit à garantie, acquérant les fruits et produits et pouvant à son gré les aliéner, les hypothéquer, les grever d'un droit de gage sans avoir aucun compte à rendre. Lors de la dissolution du mariage, le mari ne devra que des valeurs et des indemnités. Pour les choses non estimées, le mari doit en principe rendre des corps certains. Une loi vint rendre plus étroite et

(22) La présomption générale est que « estimation vaut vente ». Mais les parties ont pu convenir que l'aliénation ne vaudrait pas vente et n'avait lieu que *taxationis causa* ; en ce cas les effets de la présomption ne se produisent pas.

plus difficile à éluder cette obligation du mari en lui interdisant d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme. C'est la loi Julia (23), un des nombreux textes législatifs édictés pour favoriser les mariages. De cette façon la femme pouvait surveiller l'aliénation ; elle était juge de son opportunité. Cette prohibition ne s'applique qu'aux immeubles non estimés et aux aliénations totales ou partielles, directes ou indirectes ; mais elle ne saurait s'étendre aux ventes nécessaires, aux aliénations *per universitatem* auxquelles le mari ne pourrait à aucun titre s'opposer. D'autre part, elle commençait avec la constitution de dot et disparaissait dès que la restitution avait été opérée.

Malgré le texte formel des Institutes, les auteurs sont d'accord pour attribuer à une autre loi la défense faite au mari d'hypothéquer le fonds dotal même avec le consentement de la femme. L'hypothèque, bien que plus dangereuse que la vente, n'est pas une aliénation : les juriconsultes romains, en admettant qu'ils connussent l'hypothèque au temps d'Auguste, n'auraient eu garde de confondre deux choses si différentes. L'hypothèque se rattache à la matière des obligations et la disposition inconnue qui la prohibe au mari et à la femme dérive des édits, par lesquels Auguste, puis Claude défendirent à la femme mariée de s'obliger pour son mari, ou du sénatus-consulte Velléien, qui interdit à toute femme mariée ou non de s'engager pour un tiers quelconque (*intercedere*).

Telles sont les restrictions apportées aux droits du mari sur la dot. La jurisprudence avait refusé de les étendre aux biens provinciaux. La nullité de la vente ou de la constitution d'hypothèque procède dans l'intérêt de la femme : son sort est en suspens tant que dure le mariage. Mais lorsqu'il est dissous et qu'il y a lieu de restituer la dot, la femme peut attaquer l'acte fait il-

(23) G., II, § 62. — Inst., II, 8 pr. — Const. un. C. V. 13.

légalement et l'action ainsi née est exercée par le mari ou par ses héritiers.

On sait avec quelle sollicitude outrée Justinien s'occupa de garantir les droits des femmes mariées. Dans l'espèce qui nous occupe, il transforma l'incapacité du mari en inaliénabilité du fonds dotal en défendant au mari de le vendre même avec l'autorisation de la femme. De plus il étendit à toutes les provinces de l'Empire les deux mesures que nous venons d'examiner.

En somme, depuis Justinien, le mari n'a plus sur les immeubles dotaux qu'un simple droit d'administration et de jouissance. Tout acte de disposition direct ou indirect lui est interdit. Vis-à-vis des autres biens, immeubles estimés ou meubles, il est un quasi-usufruitier et il n'est tenu qu'à une restitution en valeur.

Si nous voulons examiner la situation et les droits de la femme, nous constatons qu'elle n'avait aucun droit sur la dot. Elle ne pouvait surveiller l'administration de son mari. Elle put, après la loi Julia, intervenir dans l'aliénation du fonds dotal faite par son mari, mais c'était là une garantie bien illusoire. On sait comment Justinien améliora la situation de la femme en déclarant le fonds dotal inaliénable. Il lui attribua de plus une hypothèque et un privilège qui se fondirent et constituèrent une hypothèque privilégiée destinée à assurer à la femme le recouvrement de sa dot et de toutes ses créances. Mais toutes ces mesures de protection, qu'on s'accorde à trouver excessives, n'empêchaient pas que la femme était tenue tout à fait à l'écart de l'administration maritale. Les deux époux n'avaient aucun intérêt commun en l'absence de *manus* ou de *societas bonorum*.

En dehors des biens donnés en dot, la femme pouvait se réserver des paraphernaux. Elle en était souveraine maîtresse. Elle les administrait, les aliénait, les hypothéquait sans l'autorisation du mari. Ulpien nous apprend que cette clause de para-

phernalité était fréquente à Rome pour les objets affectés à l'usage de la femme et placés dans la maison du mari. Celui-ci n'acquerrait sur ces paraphernaux aucun droit de propriété ou d'administration à moins que la femme, ce qui arrivait souvent, ne lui en confiât la garde et la gestion (24). Mais dans ce dernier cas, le mari n'était qu'un simple mandataire de la femme, sans aucun droit personnel. La femme est absolument indépendante, trop indépendante, et le défaut de ce régime est de ne créer, non plus que le précédent, aucun intérêt commun entre les époux.

Nous avons trouvé jusqu'ici trois régimes suivis en droit romain : la *manus* aboutissant à une communauté universelle de biens, la constitution de dot imaginée comme une garantie meilleure des intérêts de la femme, enfin pour employer une expression moderne, le régime de séparation de biens. Comment le droit italien héritier présomptif s'est-il comporté vis-à-vis de la succession de son illustre ancêtre ? L'a-t-il acceptée purement et simplement ? L'a-t-il répudiée ? C'est ce que nous allons étudier maintenant en examinant successivement quelles sont les conditions de capacité et de forme imposées par la loi aux futurs époux ; quels sont les régimes matrimoniaux organisés par elle, les garanties et les avantages créés en faveur de la femme par le législateur italien (25).

I. Comme toutes les législations possibles la loi italienne n'accorde la capacité de faire les actes de la vie civile qu'à des individus ayant un certain âge, qu'elle a fixé à vingt-et-

(24) L. 9, § 3, D. XXIII, 3. Le mari reconnaissait par acte écrit qu'outre sa dot la femme avait reçu certains objets.

(25) Dans cette étude, qui sera nécessairement sommaire, nous prendrons pour guide une excellente monographie de M. Bellini, avocat, la *Società conjugale* (Catania, 1873), et le livre de M. Huc sur le Code civil italien. — Voir aussi une brochure de M. Gide sur la Législation civile dans le nouveau royaume d'Italie (Paris, 1866) et Foschini : *I motivi del Codice civile del regno d'Italia*.

un ans (art. 240) (26), d'accord en cela avec la loi française. Toutefois, à cause des nécessités sociales, elle permet aux Italiens de contracter mariage plus tôt : à dix-huit ans pour les hommes et à quinze ans pour les femmes. Cette exception en appelait une autre. En principe, le mineur n'a pas de personnalité juridique ; il est représenté par son tuteur pour tous les actes de la vie civile : mais dès lors qu'on lui reconnaissait la capacité de donner au mariage un consentement valable, il fallait lui permettre de faire en même temps les conventions et stipulations que le mariage entraîne. Aussi le Code italien consacre-t-il la règle ancienne : *minor habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*. Cependant, afin de protéger le mineur contre les entraînements et les fraudes, on requiert, pour la validité du contrat, l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage, et par assistance la jurisprudence italienne n'entend pas la présence effective réelle des personnes indiquées ci-dessus (art. 1330). La loi italienne prévoit et autorise par cela même le mariage de l'interdit et même de l'individu qui est l'objet d'une demande d'interdiction. Elle exige dans ces deux cas la nomination et l'assistance d'un tuteur *ad hoc*.

Disons enfin que la jurisprudence distingue très-soigneusement la capacité nécessaire pour se marier de la capacité nécessaire pour faire le contrat, et la Cour de Turin en 1870 valida un mariage comme ayant été contracté avec une intelligence suffisante alors qu'elle annulait le contrat fait à l'occasion de ce même mariage.

II. Les formes du contrat sont les mêmes qu'en droit français. Et d'abord il est une condition imposée par la loi qu'on range avec plus ou moins de raison dans les conditions de

(26) Il va de soi que les citations d'articles que nous faisons se rapportent au Code italien. Les renvois au Code civil français seront indiqués d'une façon particulière.

forme (27) nous voulons parler de la rédaction du contrat avant le mariage (art. 1382) ; on veut que les deux contractants aient encore au moment de la passation de l'acte leur indépendance pleine et entière. Cet état d'indépendance venant à cesser, il faut que le contrat soit irrévocable. Pour assurer cette irrévocabilité dans l'intérêt des tiers aussi bien que des époux, on exige la présence d'un notaire qui constate les dires et conventions des parties, leur donne le cachet de l'authenticité et conserve le contrat primitif préservé désormais de toute lacération ou destruction. Enfin, il est interdit aux époux de modifier durant le mariage les clauses du contrat quelles qu'elles soient (art. 1385).

Cette immutabilité n'a sa raison d'être qu'après le mariage. Le contrat ne devient définitif qu'autant que le mariage est célébré. Auparavant, les futurs peuvent y apporter toutes les modifications qu'ils veulent. La loi n'exige qu'une chose : c'est que les changements et contre-lettres soient faits dans les mêmes formes que le contrat lui-même avec lequel ils feront corps désormais. Il faudra, de plus, qu'ils soient acceptés par toutes les personnes qui ont été parties au contrat.

III. En ce qui touche le contrat lui-même, nous retrouvons dans le Code civil italien (articles 1379, 1380, 1381) les mêmes prohibitions que dans les articles 1388, 1389 et 1390 de notre Code civil. Il en est toutefois une absolument inconnue en France et fort curieuse à noter pour ce fait. Les articles italiens que nous venons d'énumérer, renvoient aux articles 1064 et 1069 prohibant de toute façon les donations de biens à venir et les donations sous condition potestative de la part du donateur. Elles ne sont donc pas, à l'inverse de ce qui se passe chez nous, exceptionnellement permises en faveur du mariage.

Quel régime matrimonial le législateur italien devait-il con-

(27) Nous étudierons cette question plus tard lorsque nous rechercherons à propos du droit international quelles conditions sont des conditions de capacité, quelles autres sont de forme.

sacrer de préférence? La réponse est aisée si l'on considère l'histoire de la Péninsule. Régie pendant de longs siècles par le droit romain, dont le règne avait été à peine troublé par les invasions barbares et s'était continué pendant le moyen-âge et les temps modernes jusqu'en 1795, l'Italie allait-elle abandonner des traditions si anciennes pour adopter le droit que les Français lui avaient donné en 1804 et qui avait disparu avec eux en 1815, droit formellement contraire à toutes les habitudes du peuple italien? Assurément non. Le Code adopta ou plutôt conserva le régime dotal, mais sut tempérer la rigueur du vieux système romain et le mettre à la hauteur des exigences d'un ordre social nouveau (28).

Le Code civil reconnaît trois régimes qu'il permet aux époux de stipuler dans leur contrat de mariage : le régime dotal, le régime des paraphernaux ou de séparation de biens et le régime de la communauté réduite aux acquets. Toute licence est d'ailleurs donnée aux futurs époux de combiner entre elles les clauses afférentes à ces divers régimes.

Nous allons présenter les règles principales relatives à chacun de ces régimes.

A. *Régime dotal*. — La constitution de la dot peut porter sur des biens présents et futurs ; mais elle doit être expresse et ne s'interprète jamais querestrictivement, sans être d'autre part astreinte à des termes sacramentels. Elle est immuable vis-à-vis des époux qui ne sauraient pendant le mariage ni constituer, ni augmenter, ni changer la dot : l'art. 1391, plus clair que notre art. 1543, ajoute heureusement *dai conjugj* indiquant ainsi d'une façon bien nette que la prohibition portée en cet art. n'at-

(28) Cette nécessité traditionnelle, si nous pouvons ainsi parler, a complètement aveuglé les Italiens sur la valeur intrinsèque du régime dotal. C'est ainsi que d'excellents auteurs soutiennent que le régime dotal concorde mieux que le régime de communauté avec l'indivisibilité d'existence établie entre les époux par le mariage.

teint pas les tiers, (v. art. 1389, 1390, 1391). Le législateur applique ensuite au cas où deux époux dotent leur fille des présomptions analogues à celles qui sont portées dans les art. 1544 à 1546 de notre Code. Enfin la loi impose au constituant l'obligation de garantir les biens donnés en dot et, sauf convention contraire, d'en fournir les intérêts du jour de la célébration du mariage.

Pour connaître les droits et les devoirs du mari vis-à-vis de la dot, il faut distinguer comme en droit romain suivant que le mari acquiert ou non la propriété des biens dotaux. En principe la femme conserve la propriété des biens dotaux, que la constitution vienne d'elle-même ou de tiers donateurs. Toutefois le mari acquiert la propriété des choses fongibles, des meubles dotaux estimés (art. 401), des immeubles estimés avec déclaration que estimation vaut vente (art. 1402) de l'immeuble que le mari a acheté des deniers apportés en dot par la femme ou donné en paiement d'une dot promise en argent (art. 1403). Relativement à ces derniers biens le mari est un véritable usufruitier ; il doit rendre une valeur, un prix : il peut les aliéner, les grever d'hypothèque, les laisser prescrire par des tiers, les donner en gage à ses créanciers et les laisser exécuter par eux.

Quand les biens dotaux sont restés la propriété de la femme, le mari perd les droits inhérents à la qualité de propriétaire. C'est la femme qui peut les aliéner en suivant les formes prescrites par la loi et qui exerce à leur occasion les actions pétitoires. Le mari n'a sur ces biens que les droits d'administration et d'usufruit conformes à la destination de la dot : il perçoit les fruits et intérêts de la dot, loue les immeubles dotaux pour un laps de temps qui ne peut dépasser cinq ans (art. 493), il poursuit, touche les créances dotales et en donne valables quittances, et peut exercer toutes les actions possessoires dotales. Quant à la jouissance, la situation du mari est à peu de chose près celle de l'usufruitier. Disons toutefois qu'il est dispensé de caution et acquiert jour par jour les fruits tant naturels que civils. Il répond

des détériorations, de l'emploi stipulé par le contrat des deniers dotaux.

Quelles sont les garanties données à la femme pour lui assurer le recouvrement de la dot et des reprises dotales (*ragioni dotali*).

La première de ces garanties, celle qui dans le dernier état du droit romain constituait l'essence même du régime dotal, c'est l'inaliénabilité du fonds dotal. Le législateur italien ne pouvait faire autrement que de la consacrer en termes formels. C'est ce qu'il a fait dans l'art. 1405 où nous lisons : *Non si possono durante il matrimonio alienare ed obligare a favore di chicchessia la dote nè le ragioni dotali della moglie, e non si possono neppure ridurre o restringere le ragioni medesime...* En principe donc, tout immeuble dotal est inaliénable, et il suffit qu'une dot soit constituée pour que l'inaliénabilité vienne le frapper de plein droit. Ce n'est pas seulement à l'immeuble dotal que s'applique cette inaliénabilité, elle s'étend aussi à la dot mobilière : les termes de l'art. 1405 tranchent par leur généralité la controverse qui s'est élevée en France à propos de notre art. 1554. La jurisprudence française a suivi, à tort, croyons-nous, en l'absence de texte précis, la théorie de la loi italienne. Cette prohibition frappe tous les modes d'aliénation totale ou partielle directe ou indirecte, et entraîne forcément l'imprescriptibilité du fonds dotal (art. 2120).

Mais cette inaliénabilité a-t-elle conservé dans le droit italien le caractère rigoureux et absolu qu'elle avait dans la législation romaine et qu'elle a conservé presque en entier dans le code civil français ? Non, et le législateur de 1866 a su trouver de très heureux tempéraments à la théorie ancienne. D'abord les époux peuvent stipuler dans leur contrat de mariage la faculté d'aliéner et d'hypothéquer l'immeuble dotal (art. 1404) (29).

(29) La commission législative du sénat italien raya l'art. 1404 comme dangereux et exorbitant du droit commun : *una esorbitanza e un pericolo*. Foschini : op. cit. pages 536 et 537.

Si même les époux n'ont pas inséré cette clause dans leur pacte nuptial, ils peuvent en tous temps et en toutes causes s'adresser aux tribunaux et leur demander d'autoriser l'aliénation (art. 1405). La loi italienne plus sage en ce cas que la loi française, permet aux magistrats de juger la nécessité ou l'utilité évidente de la vente ou de l'échange à faire des hypothèques à consentir (30). C'est là une innovation fort heureuse, car il est, en dehors des cas restrictivement énumérés par notre art. 1558, bien des hypothèses où l'intérêt des époux exige impérieusement la passation de l'un des actes dont il s'agit. Les mesures prescrites par le tribunal, par exemple le remploi, seront une garantie suffisante contre la dissipation. Mais il est fâcheux que le législateur italien ait étendu ces formalités protectrices à la dot mobilière. Ici au lieu d'être une garantie elles deviennent une entrave. Tous les auteurs italiens et les auteurs français, comme M. Huc, reconnaissent que pour l'aliénation d'un meuble dotal il faut l'homologation du tribunal. Ce n'est pas qu'ils approuvent cette obligation. M. Cesareo, dans une étude remarquable sur la condition des meubles dotaux en Italie démontre clairement tous les inconvénients de ce système (31). L'aliénation des meubles requiert célérité et souvent, quand les formalités judiciaires seront accomplies, l'aliénation n'aura plus d'intérêt. De plus le code italien renferme un art. 707 qui pose le même principe que notre art. 2279. Le tiers sous-acquéreur de bonne foi pourra l'invoquer ; si même le mari vendeur n'a pas déclaré la dotalité du meuble, le premier acquéreur se prévaudra de ce qu'en fait de meubles la possession tient lieu de titre. Ces dispositions pro-

(30) Le Code italien ne prescrit même pas la vente aux enchères (*all'asta giudiziaria*.) Le tribunal peut se borner à approuver une vente entre particuliers, s'il la croit plus avantageuse pour les parties. — Bellini, op. cit. page 181.

(31) *I mobili dotali secondo il diritto romano e il codice civile italiano* : *Archivio giuridico*. Vol. XIV. page 540 et ss.

hibitives n'ont qu'un résultat : inquiéter les tiers et entraver les transactions. Les violations fréquentes de la loi ne sont pas un motif pour l'abroger, mais pour la matière, qui nous occupe, les Italiens pourraient sans inconvénient introduire une distinction entre les meubles et les immeubles. Ce serait un mérite de plus pour ce Code, qui est un modèle de législation par son respect pour les traditions en même temps que pour les principes économiques qui prévalent à notre époque.

Le principe de l'inaliénabilité n'est donc pas absolu. Sa durée n'est pas non plus indéfinie. Elle ne commence qu'avec le mariage et finit avec la restitution. Mais, dans l'intervalle même qui sépare ces deux époques, la dot est un élément de crédit pour les époux. Si, en effet, la femme pendant le mariage contracte des dettes, les poursuites des créanciers, suspendues tant que le mariage dure, s'ouvrent aussitôt que le mariage se dissout et que les biens dotaux redeviennent libres. On pourrait craindre que le mari se faisant cautionner par sa femme n'arrive par une voie détournée à dissiper la dot. La loi a paré à ce danger en décidant que chaque fois que la femme s'engagerait dans l'intérêt de son mari elle devrait se pourvoir de l'homologation du tribunal. « Il faut, nous dit M. Gide, (32) distinguer parmi les engagements que contracte la femme italienne, ceux qu'elle souscrit pour son propre compte et ceux qu'elle forme dans l'intérêt et sous l'influence de son mari. Les premiers sont valables bien que dépourvus de l'homologation judiciaire, seulement leur effet sur la dot demeure paralysé tant que dure le mariage et l'inaliénabilité dotale ; les seconds, au contraire, faute d'homologation, sont nuls dans leur principe et restent nuls à toujours puisque la femme est incapable de les contracter. Au point de vue scientifique comme au point de vue pratique, ce système me paraît bien supérieur au nôtre, car il distingue nettement

(32) Gide : de la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie. V^e paragraphe. — Sic Huc : *Le Code civil italien et le Code Napoléon*.

« deux notions, que la loi et la jurisprudence françaises ont trop
« souvent confondues, l'incapacité de la personne et l'inaliénabi-
« lité de la chose. »

Quand le principe de l'inaliénabilité aura été violé, la nullité de l'acte pourra être demandée par le mari et la femme durant le mariage, après le mariage par la femme (art. 1407). En tous cas le mari doit le prix payé et la femme ce dont elle s'est enrichie.

Nous avons longuement insisté sur l'inaliénabilité, parce que c'est la question la plus importante du régime dotal; nous serons bref sur les autres garanties données à la femme par la loi italienne.

Il y a d'abord l'hypothèque légale qui est régie par des principes différents de ceux du Code français (art. 1969, 4°). En premier lieu elle est soumise à l'obligation de l'inscription. Le notaire qui a reçu l'acte doit faire inscrire l'hypothèque à peine de tous dommages et intérêts s'il échet, et en outre une amende de 1000 lires (art. 1982 et 1984 combinés). C'est la date de l'inscription qui détermine le rang hypothécaire de la femme (art. 2007). Si l'hypothèque légale n'est pas tacite, elle n'est pas non plus générale: elle frappe les immeubles que le mari possède au moment du mariage et ceux-là seulement. Ce sont là, croyons-nous, deux grands progrès réalisés sur la loi française. Signalons encore la disposition de l'art. 2120: ce texte déclare que la prescription suspendue quant au bien dotal de la femme l'est encore quant à l'immeuble du mari spécialement hypothéqué au recouvrement de la dot et à l'exécution des conventions matrimoniales. Ce dernier mot, *convenzioni*, montre, quoiqu'en dise M. Bellini (33), que l'hypothèque légale couvre non-seulement la dot et les gains dotaux mais encore les autres conventions matrimoniales, bien que l'art. 1969 porte seulement *la moglie sui beni del marito per la dote et per i lucri dotali*.

(33) Bellini: Op. cit. p. 170.

Pour les sommes dotales provenant de successions et de donations, il naît à leur occasion des hypothèques successives ne grevant jamais que les biens présents.

Si celui qui constitue la dot se méfie du mari, il peut, par le contrat de mariage, stipuler de lui une caution. Si cette mesure n'a pas été prise, ou si un changement ou une diminution dans le patrimoine du mari met en danger les reprises de la femme, le constituant, pourvu que la femme ait éventuellement le droit de lui demander des aliments, peut s'adresser au tribunal pour faire ordonner toutes les mesures de protection nécessaires (art. 1400).

La femme, de son côté, en présence du désordre des affaires du mari et si sa dot est en danger, peut demander la séparation de biens. Le tribunal lui rend alors l'administration et la jouissance libre de sa dot et de ses revenus, sans qu'elle ait à se pourvoir de l'autorisation maritale pour les actes y relatifs. Mais le principe de l'inaliénabilité subsiste ferme et immuable (art. 1424) avec toutes les conséquences qui s'y rattachent (34).

Disons quelques mots en terminant de la restitution de la dot qu'entraînent la mort d'un époux, son absence déclarée et le jugement de séparation de biens principale ou accessoire. Le mari ou son héritier rend en nature, immédiatement et dans leur état actuel les biens dont la femme a conservé la propriété. Pour les autres choses il en doit la valeur et jouit de délais suffisants. La femme peut demander pendant l'année de deuil des aliments, l'habitation et les vêtements. La femme ou ses héritiers réclamant la restitution de la dot n'ont pas à prouver que le mari l'a reçue (art. 1414). C'est là une mesure de faveur qui se justifie en Italie aussi bien qu'en France et à laquelle le mari peut opposer les mêmes fins de non-recevoir qu'en France (C. civ. français : art. 1569).

(34) Il est à peine besoin de dire que la femme doit sur ses revenus réserver une part pour sa contribution aux charges du ménage.

Voilà ce que les Italiens ont fait du régime dotal romain. Un contemporain de Justinien y verrait une décadence profonde. Pour nous, nous y voyons un progrès immense. Les améliorations que nous avons constatées chemin faisant, augmentent le crédit des époux en même temps que la sécurité des tiers. Elles donnent enfin à la femme une certaine influence sur la gestion maritale, ce qui est un grand avantage sous un régime aussi exclusif que le régime dotal. La femme est plus indépendante, elle peut s'engager, contracter valablement. Elle jouit même d'une plus grande liberté que la femme française, même marchande publique, sous le régime de la communauté, si son mari, comme le permet l'art. 134, lui donne l'autorisation générale d'aliéner, donner, hypothéquer ses biens immeubles, fournir caution, transiger et ester en justice. Toutefois, il est à peine besoin de le dire, cette autorisation ne peut produire effet que vis-à-vis des biens extradotaux et dans l'un des deux autres régimes consacrés par le Code italien, qu'il nous reste à étudier maintenant.

B. — Régime des biens paraphernaux. Sont bien paraphernaux tous les biens appartenant à la femme que celle-ci ne s'est pas constitués en dot (art. 1425.)

La femme conserve la propriété, l'administration et la jouissance. Le mari, en principe, ne peut que demander à la femme de lui fournir sa part de contribution dans les charges du ménage. Il ne peut la remplacer dans l'administration et la jouissance des paraphernaux qu'en vertu d'un mandat, qui sans doute peut être tacite, mais qui peut toujours être révoqué. Si la femme n'impose pas au mari de rendre compte des fruits, il est en somme usufruitier des paraphernaux et il est tenu de toutes les obligations d'un usufruitier ordinaire (art. 1431). Si le mari jouit des paraphernaux sans opposition de la femme, lui ou ses héritiers, à la première demande de la femme ou à la dissolution du mariage, doivent rendre seulement les fruits existants et non les fruits consommés. Tout repose sur l'intention présumée de la

femme : si bien que, si elle s'était opposée à l'administration du mari, celui-ci ou ses héritiers devraient rendre outre les fruits existants les fruits déjà consommés (art. 1430).

Il se peut que le mari ait des biens personnels que ses occupations privées ou publiques l'empêchent de gérer : il peut alors en remettre l'administration et la jouissance à sa femme qui se trouvera soumise à toutes les règles que nous venons de voir appliquer au mari.

C. — Régime des communautés de biens. — Nous ne nous étendrons pas sur ce régime que la loi italienne a traité en véritable marâtre. On l'a condamné comme répugnant aux mœurs et aux traditions de l'Italie et on lui a fait la place aussi petite que possible.

La loi permet de stipuler le régime de communauté mais réduite aux profits et acquêts réalisés pendant le mariage. Les futurs époux ne sauraient à aucun titre y comprendre leurs biens mobiliers même futurs. Ces biens ne tombent en communauté que pour la jouissance. Toutefois, en l'absence d'un inventaire des meubles, la loi présume qu'ils constituent des acquêts de la communalité (art. 1437). L'administration, la dissolution, la reconstitution de la communauté après une séparation de biens, l'acceptation ou la répudiation de la communauté par la femme, enfin la liquidation, sont gouvernées par les mêmes règles que dans le droit français (35).

Ce régime est très-rare en Italie. S'il faut en croire M. Foschini, on ne trouverait en Italie d'époux communs en biens que ceux qui se sont mariés sous l'empire du Code français, c'est-à-dire de 1804 à 1814 et qui n'ont pas pris soin de répudier le ré-

(35) Mentionnons toutefois à propos de l'option ouverte à la femme la disposition de l'art. 1444 qui renvoie aux art. 923 et ss. 955 et ss. De la combinaison de ces textes il résulte que la femme ne jouit du bénéfice d'inventaire que si elle l'a formellement réclamé. On sait que tout autre est la disposition de l'art. 1483 du Code civil français.

gime légal d'alors. Aujourd'hui ce régime a besoin d'être formellement stipulé. Or, quand on rédige un contrat c'est toujours pour adopter le régime dotal. Mais qu'arrive-t-il lorsque les époux se sont mariés sans contrat ? Il faut de toute nécessité que leurs rapports pécuniaires soient gouvernés par des règles quelconques. Trouve-t-on en Italie un régime légal ? On l'a nié ! (36) La loi italienne ne veut rien présumer, ne veut rien imposer aux parties. Ce n'est pas la communauté, ce n'est pas le régime dotal, puisque ces deux régimes ont besoin d'être formellement stipulés. Ce n'est pas non plus le régime de séparation de biens, parce que, dit M. Huc, les art. 1426 et 138 décident que chaque époux contribuera aux charges du ménage dans la proportion de sa fortune tandis que l'art. 1575 du Code Napoléon impose à la femme dont tous les biens sont paraphernaux une contribution d'un tiers. Le but du régime légal est de déterminer la contribution de la femme aux charges du ménage et le mode d'administration de ses biens. La proportion établie par le droit italien découle de la force même des choses ; elle est l'application du droit naturel et non la réglementation arbitraire édictée par une loi.

Nous avouons que ce raisonnement ne nous touche pas. Sans doute la question importante à régler quand chacun des époux garde sa fortune est la contribution de chacun aux charges du ménage. Mais qu'importe la question de proportion ? Si le principe italien est plus naturel que le principe français, cela n'empêche pas le régime des biens paraphernaux adopté dans la Péninsule d'être absolument identique à notre régime de séparation de biens.

L'art. 1425 est formel : Tout ce qui n'est pas dotal est paraphernal. La paraphernalité ne se stipule pas : elle va de soi ; quand les parties ne déclarent pas expressément le bien dotal, il demeure la propriété personnelle et exclusive de la femme. Il n'était pas nécessaire que la loi vînt dire que tel régime serait le

(36) Huc et Orsier : Code civil italien, t. I, p. 258 et ss.

régime légal ; elle procède par voie d'exclusion et devant les art. 1425 et 1433 nous nous arrêtons au régime de séparation de biens. Les auteurs italiens et étrangers sont tous en ce sens (37).

Le système adopté par la loi italienne est-il préférable à celui qu'a consacré la loi française ? La nature des relations personnelles créées entre les deux époux par l'état de mariage appelle-t-elle le régime de communauté plutôt que le régime de séparation de biens ? C'est là une question sur laquelle les jurisconsultes les plus éminents ont des opinions différentes. L'association du régime dotal et d'une communauté limitée ne doit-elle pas être préférée aux divers régimes que nous venons d'étudier ? Ce n'est ici ni le temps ni le lieu d'étudier cette question. La femme italienne mariée sans contrat n'aura pas le même intérêt à ce que l'administration du mari soit prospère que la femme française mariée dans de semblables conditions. Ajoutez à cela que le Code italien plus logique peut-être que le Code français prohibe formellement les donations entre époux (38). Ce sont là les deux principales objections que l'on fait au régime légal italien. Mais la rigueur en est fort atténuée si l'on considère que la fortune de la femme en la supposant plus considérable que celle du mari, lui reste tout entière sans être entamée par une mise en communauté. De plus le mari reste toujours libre de faire en faveur de sa femme telles libéralités testamentaires qu'il lui plaira. Enfin, si quelques époux ont à se plaindre de l'entrave mise par l'art. 1054 à leurs sentiments généreux, la loi a été plus prévoyante pour les autres, car elle a admis en faveur du conjoint survivant un droit de succession *ab intestat* dont la nature et la quotité varie suivant le nombre et la qualité des héritiers du défunt (art. 812 et ss.)

(37) Wheaton et Lawrence : *Commentaires sur les éléments de droit international*, t. III, page 454. — Boissonade : *Revue crit. de légis.* t. XXIX, année 1866. page 184.

(38) Art. 1053 et 1054.

II. — ESPAGNE

Quittant la terre classique du droit romain, nous arrivons chez une nation de race latine par la langue comme par la législation. L'Espagne soumise à Rome pendant de longs siècles a pris ses mœurs et ses lois : il suffit d'ouvrir au hasard les énormes recueils qui tiennent lieu de droit à l'Espagne pour voir l'influence considérable que le droit romain a exercée sur le droit de la Péninsule. Le développement du droit romain a été encore favorisé par l'extension immense qu'a prise en Espagne le droit canonique. Sans doute la fierté castillane proteste contre cette descendance juridique et, répudiant l'héritage du grand empire tombé sous les coups des Barbares, préfère se dire issue des Goths vainqueurs de Rome et vengeurs de l'humanité asservie par elle. Renversant même les rôles, un jurisconsulte espagnol a été jusqu'à dire : « Ce n'est pas peu d'honneur et de gloire « pour les décisions des lois de mon pays que de les voir consa-
« crées par les lois romaines si pleines de justice, de sagesse et de
« morale(39) ». C'est là une étrange conclusion à tirer de l'analogie des lois romaines et espagnoles, et quelque excusable que soit cette illusion patriotique, nous n'en devons pas moins reconnaître que ce n'est qu'une illusion et conclure avec M. Ballot (40) que Rome tombée étend sur l'Espagne l'empire de ses lois autant que Rome triomphante. Le droit espagnol descend en ligne directe du droit romain. Sans doute sous l'influence du droit canonique il a pris en Espagne, ce paradis de l'Eglise, comme l'a dit un vieil auteur, un caractère théocratique très marqué ; mais le fond est resté romain.

(39) Sala : *Ilustración del Derecho español*, préface, — cité par Saint-Joseph, Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon.

(40) Ballot : *Revue du droit français et étranger*, 1847, t. IV.

Le *Fuero juzgo*, le plus ancien recueil de lois espagnoles, rédigé par les évêques d'Espagne qui prirent pour modèle le Bréviaire d'Alaric, se ressent évidemment de l'influence romaine lorsqu'il prohibe les donations entre époux ou lorsqu'il admet le partage égal des biens du défunt entre tous ses enfants sans distinction de sexe. Le Code des Sept Parties, *Siete Partidas*, publié par Alphonse le Sage s'est aussi inspiré de la loi romaine pour la plus grande partie de ses décisions.

Pour avoir une idée exacte de la législation espagnole, il faut, outre ces textes officiels, étudier les coutumes locales (*fueros locos*) qui s'étaient formées sur certains points de la Péninsule. Il s'est passé en Espagne, malgré la rédaction des Codes dont nous avons parlé, ce qui s'est passé en France en l'absence de toute codification : les diverses provinces, des villes même se sont donné une législation particulière, qui l'emportait le plus souvent sur la loi nationale. Les événements politiques n'ont pas peu contribué à ce résultat. On sait comment les Sarrasins, après la bataille de Xérès, s'emparèrent presque sans coup férir de l'Espagne entière. Ils laissèrent leur droit national aux vaincus ; mais il est facile de comprendre que nulle autorité n'existant plus pour maintenir l'unité et la pureté de l'ancien droit, il dut se former sur divers points du territoire des coutumes différentes. Ajoutez à cela l'esprit de particularisme propre à la race des Visigoths comme à toutes les races barbares et la formation du droit coutumier n'aura rien qui puisse étonner. Submergés par le flot de l'invasion musulmane, les Espagnols commencèrent bientôt contre les envahisseurs une guerre de délivrance qui devait durer sept siècles. Cette lutte héroïque commencée sur tous les points de la frontière du Nord de l'Espagne, dont les montagnes furent le refuge inexpugnable de l'indépendance nationale, aboutit à la formation de quatre royaumes chrétiens : ceux de Navarre, d'Aragon, de Castille et Léon et de Portugal. Ces Etats qui ne surent jamais réunir leurs forces contre l'ennemi commun restèrent à plus forte raison séparés de mœurs et de

lois. Aux villes qu'ils annexaient, les rois laissaient leurs coutumes et leurs *Fueros* comme prix de leur concours à la défense du christianisme. On comprend alors quelle infinie variété de législations présentait l'Espagne du moyen âge, variété que ne put faire disparaître l'unification territoriale qui s'opéra sous Ferdinand et sous ses successeurs. En vain le Code des Sept Parties avait voulu étouffer les coutumes locales entachées d'origine germanique pour les remplacer par des institutions latines, la tentative avorta et les coutumes subsistèrent. Aussi, le législateur espagnol fût-il obligé d'accepter un compromis entre les deux législations rivales. Cette fusion des deux droits fut consacrée par les lois de Toro de Ferdinand et d'Isabelle, par la *Recopilacion* de Philippe II et par celle de 1805. Mais ces lois, loin de se détruire, s'accumulèrent les unes sur les autres, compliquant étrangement l'étude du droit espagnol (41) et toutes les tentatives de codification et de simplification ont malheureusement échoué jusqu'à ce jour. Un projet de code civil attend depuis 1851 que l'ère des *pronunciamentos* soit fermée et qu'une législature soit nommée plus éprise des travaux calmes mais utiles, que des conflits politiques et des changements de cabinet. Que le Parlement qui se trouve sans défaut condamne les Cortès espagnoles!

Ces explications sommaires vont nous aider à comprendre un phénomène juridique qui s'est produit en Espagne précisément dans la matière que nous étudions. Si nous recherchons quel est le régime légal consacré par une loi foncièrement romaine chez un peuple de race latine, nous nous trouvons en présence du régime de communauté d'acquêts; et, si, poussant nos investigations plus loin, nous pénétrons en Portugal, nous rencontrons comme régime légal la communauté universelle. C'est là une

(41) L'*Ordenamiento* d'Alcala, sorte de loi des citations, n'a nullement éclairci ce chaos et n'a guère fait qu'embrouiller davantage la matière.

anomalie singulière de nature à faire condamner la place que nous donnons dans ce travail à l'examen des droits espagnol et portugais, si l'on ne se disait combien il serait choquant de placer parmi les peuples germaniques les habitants de la catholique Espagne.

Nous allons essayer de donner les raisons de cette particularité. Il y a d'abord la tradition gothique, dont l'influence s'est fait surtout sentir en matière de droits de famille. Les Visigoths avaient apporté de leur pays deux principes dont devait naturellement sortir le régime nuptial de communauté : nous voulons parler de la copropriété de famille et de l'égalité des deux sexes. Les membres de la communauté acquièrent pour elle : le père de famille a l'administration et la jouissance du patrimoine, mais il n'en a pas la propriété et ne peut en disposer en maître. La femme a sa part dans cette copropriété, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles : si ses droits sont restreints en certains cas, elle n'en perd que l'exercice, mais non la jouissance. Ces deux idées furent conservées et développées par les *Fueros* à l'encontre du droit féodal. L'esprit généreux et chevaleresque de la race espagnole y contribua beaucoup, et nous pouvons lire dans un vieil auteur portugais ces mots : « C'est une coutume bien raisonnable, que ceux
« qui se donnent l'un à l'autre ce qu'ils ont de plus excellent,
« c'est-à-dire leur corps et leur âme, mettent aussi leurs biens
« en commun, car la personne est bien plus précieuse que les
« biens (42) ».

Outre la tradition, il faut prendre en considération un autre élément, dont l'influence fut très considérable sur le développement de la communauté en Espagne et en Portugal. Nous voulons parler de la découverte des Indes occidentales et orientales,

(42) Valasco. — Voir sur la question M. Gide : Condition privée de la femme, pages 354 et suiv.

de l'exploitation de leurs mines et de l'absorption de leur commerce par les deux peuples dont nous nous occupons. Les Espagnols trouvèrent en Amérique des mines d'une richesse incalculable, et Robertson (43) estime que dans l'espace de deux siècles environ ils importèrent plus de seize milliards de métaux précieux. Quant aux Portugais, ils s'étaient pour ainsi dire fait un monopole du commerce de l'Europe avec les Indes et les pays d'Orient, bien avant les Hollandais et les Anglais, et y réalisèrent des bénéfices immenses. Cet accroissement de richesse portait sur des valeurs mobilières auxquelles le régime dotal s'applique plus difficilement : la communauté était le régime le plus propre à régler les rapports pécuniaires des époux et constituait en outre pour les négociants un nouvel élément de crédit. Il s'est passé en pays de droit romain en Portugal, ce qui s'était passé en pays germanique à Lubeck. Lubeck a comme le Portugal adopté le régime de communauté universelle alors que des pays voisins ne l'admettaient que fort restreinte. C'est que Lubeck, la ville présidente de la Hanse Teutonique, faisait un commerce immense non-seulement avec les Etats riverains de la mer Baltique, mais encore avec tous les Etats de l'Europe. Aux deux extrémités de l'Europe le même résultat découlait de la même cause : une extension du commerce inconnue jusqu'alors entraînant un accroissement considérable de la fortune mobilière des particuliers. Que si Venise, Gènes et les autres villes commerçantes d'Italie n'en sont pas venues à cette conclusion, c'est que Rome était trop voisine et le droit romain trop puissant. C'est enfin que les coutumes barbares, plus particulièrement celles des Lombards, n'avaient régné qu'un instant. Il s'est produit en Italie un mouvement inverse de celui que nous avons remarqué en Espagne. Au moment où les *Fueros* arrivaient à l'apogée de leur puissance, une révision des statuts du Nord de l'Italie, opérée du XIV^e au XVI^e siècle, constatait que l'élément

(43) Robertson : Histoire d'Amérique, livre VIII.

germanique avait été presque entièrement éliminé par l'élément romain.

Nous allons étudier maintenant le contrat de mariage et voir ce qui touche les conditions de capacité et de formes puis les divers régimes matrimoniaux et les garanties assurées à la femme.

I. L'âge requis en principe pour être capable de contracter est l'âge de vingt-cinq ans : c'est à cette époque qu'est fixée la majorité. C'est depuis 1870 seulement que la majorité libère l'enfant de la puissance paternelle et le soustrait à sa protection. Auparavant le fils de famille, comme cela se passait en droit romain, restait indéfiniment soumis à la puissance paternelle. Sauf le pécule *castrense* dont il conservait la pleine propriété, tous ses autres biens, à de rares exceptions près, étaient acquis au père. Les parties âgées de vingt-cinq ans peuvent donc se marier librement et faire seules leurs contrats de mariage. Qu'en est-il au-dessous de cet âge ? La question est délicate parce qu'ici nous nous trouvons en présence de deux minorités spéciales au mariage. Si, en France, la minorité en ce cas est prolongée, en Espagne elle est abrégée. En vertu d'une loi provisoire du 18 juin 1870 (44) sur le mariage civil, les hommes sont pubères à quatorze ans et les femmes à douze ans. A cet âge, les époux ont besoin pour passer le contrat de mariage de l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la célébration du mariage lui-même. Mais une loi de 1862 a limité aux fils âgés de moins de vingt-trois ans et aux filles de moins de vingt ans l'obligation d'obtenir le consentement du père, ou de la mère, ou de ceux qui les remplacent ; en certains cas la limite descend à vingt ans pour les deux sexes. Faut-il encore le concours des parents au contrat ? Les textes et les auteurs que nous avons pu consulter sur ce point sont muets. M. Lehr (45) semble dire que

(44) Voir l'*Annuaire de législation comparée*, année 1872, t. I, page 320.

(45) E. Lehr : *Eléments de droit civil espagnol* ; § 166. — Il résulte d'une lettre d'un avocat espagnol, qu'on nous a très-gracieusement commu-

ce concours est nécessaire. Cette solution paraît assez plausible si l'on songe qu'en 1862 la puissance paternelle était perpétuelle et qu'aucune loi n'était venue en limiter la durée. Mais n'est-il pas singulier aussi de voir le législateur espagnol donner d'une main pour retirer de l'autre, faciliter les mariages et maintenir l'entrave qui pèse sur les conventions destinées à régir les rapports pécuniaires des époux (46) ? Tel époux mineur pour les actes de droit commun sera majeur quant au mariage : c'est un système diamétralement opposé à celui qu'a adopté la loi française d'après laquelle la capacité normale commence à vingt-et-un ans tandis que la minorité quant au mariage dure jusqu'à vingt-cinq ans.

Outre la condition d'âge, il faut prendre en considération l'état d'esprit de l'époux. Le contrat ne saurait valoir s'il est entaché d'erreur, de dol et de violence : le consentement doit être exempt de tout vice. L'interdit peut-il se marier dans un intervalle lucide ? Nous ne savons ce qu'a décidé la loi espagnole à cet égard. Si elle a admis la solution affirmative, le curateur doit intervenir évidemment lors de la confection du contrat de mariage. Il semble résulter toutefois de l'art. 4, § 2, de la loi sur le mariage civil qu'un tel mariage n'est pas possible : ce texte s'occupant des conditions essentielles à la validité du mariage porte qu'il faut, 1° être pubère, 2° avoir le plein exercice de sa raison. Si telle est bien la décision de la loi il n'est plus question de contrat de mariage.

II. En quelle forme doivent être rédigés les contrats de mariage en Espagne ? Exige-t-on l'authenticité ? Nous avons en

niquée que l'individu mineur de vingt-cinq ans mais complètement majeur quant au mariage ne saurait passer son contrat de mariage sans l'assistance de ses parents ou à défaut d'un tuteur. Sinon, l'acte ne produit aucun effet en justice.

(46) A partir de la puberté les mineurs espagnols n'ont que des curateurs aux biens. En l'absence de tuteurs testamentaires le mineur pubère peut sans le contrôle de la justice choisir lui-même son curateur.

vain cherché la solution de la question dans les auteurs qui se sont occupés du droit espagnol. Nous croyons toutefois que l'authenticité est requise. Le notariat a été organisé en Espagne par une loi du 28 mai 1862 qui, en exigeant des notaires des garanties sérieuses de capacité et d'honorabilité, leur a donné en même temps une compétence très-étendue. L'intérêt de la publicité des contrats de mariage qui sont opposables aux tiers de plein droit, et d'autre part la nécessité d'assurer l'indépendance des parties contractantes ou faire admettre la forme authentique. Nous savons d'ailleurs que l'acte authentique est exigé pour les constitutions d'hypothèques, actes où nous retrouvons les mêmes intérêts à sauvegarder qu'en matière de contrat de mariage. Enfin la loi exige un titre notarié pour tout acte emportant aliénation de propriété (47).

Le contrat doit être antérieur au mariage pour fixer doré et déjà le régime matrimonial et la consistance des biens des époux. Il est cependant un acte analogue au contrat de mariage qui peut être joint à celui-ci, mais qui peut aussi être postérieur : c'est ce qu'on appelle la *carta de dote* (48) ou reconnaissance de dot, acte public dans lequel sont mentionnés les effets et les capitaux mobiliers apportés en dot par la femme. Quand il est rédigé en exécution d'une clause spéciale du contrat de mariage ou en vertu d'un jugement rendu contre le mari, il n'est que la constatation de l'apport de la dot et de sa consistance, Mais il peut être dressé en l'absence de tout contrat et c'est alors un véritable contrat par lequel le mari constate que sa femme lui a apporté

(47) Lehr: op. cit. §§ 417, 553.— D'après la lettre dont nous avons parlé à la note 45, tout pacte matrimonial ou autre est obligatoire quelle qu'en soit la forme. Il en est ainsi en Castille, en Navarre et dans les pays Basques. En Catalogne les jurisconsultes recommandent la rédaction d'un acte passé par devant notaire. Dans toute l'Espagne le contrat doit être notarié, si des immeubles sont en cause.

(48) Lehr, op. cit. § 168.

une dot pour subvenir aux charges du ménage et lui promet en échange des *arras* suivant les prescriptions de la loi. La femme peut de son côté faire un acte analogue avant ou après la célébration du mariage. C'est une reconnaissance qu'elle et ses parents, si elle est mineure, font des biens que le mari apporte et qui revêtent ainsi le caractère indiscutable de biens propres. La loi évite par de sages précautions les dangers que pourraient faire courir à la femme l'abus de la puissance maritale et les faiblesses d'un amour irréfléchi.

III. Il est certaines mentions que le contrat de mariage doit contenir en quelques hypothèses tandis qu'en d'autres cas leur mention est indifférente. Si les époux sont encore en puissance, le contrat doit mentionner : le consentement des futurs époux et de leurs parents au mariage projeté, les biens que les parents donnent au futur époux ou constituent en dot à la future épouse, les *arras* que le mari promet à la femme, l'obligation imposée à chaque époux de reconnaître les biens apportés par l'autre, les clauses stipulées par les parents des conjoints, la constitution d'hypothèque en la forme établie par la loi. En somme, le contrat est presque complètement rédigé et passé par les parents des futurs époux (49).

Si les époux sont majeurs, ils contractent eux-mêmes et en leur nom personnel. La plupart des mentions que nous venons d'énumérer, se retrouvent dans le contrat de mariage. C'est ainsi, par exemple, qu'on doit y retrouver la désignation des biens apportés en dot par la femme, ou donnés ou promis à la femme par le mari.

Il est des clauses qui sont d'autre part formellement prohibées par la loi. Les époux ne peuvent se faire, même en faveur du mariage, de donations universelles, alors même qu'elles ne porteraient que sur les biens présents, de même que plus tard ils ne peuvent se faire de donations réciproques. D'autre part, la loi

(49) Lehr. op. cit. § 166.

permet exceptionnellement aux époux le testament réciproque : nous n'avons trouvé aucune loi défendant d'insérer dans le contrat de mariage une disposition conçue en ce sens.

Quels sont les régimes matrimoniaux reconnus et organisés par le législateur espagnol ? Il y en a en somme trois que les parties peuvent adopter ou séparés ou combinés : le régime dotal, le régime de séparation de biens, le régime de communauté. Nous allons les examiner dans leurs lignes principales.

A. *Régime dotal*. — Dans le principe et d'après les règles du droit germanique, c'était le mari qui donnait à la femme une dot strictement proportionnée à sa situation : c'était donc un système absolument contraire au régime actuel dont l'origine législative et les règles principales remontent aux *Partidas*. Aujourd'hui, la théorie romaine l'a emporté et c'est par la femme ou par des tiers en son nom que la dot est fournie.

La dot porte un nom qui diffère suivant qu'elle a été constituée par telle ou telle personne, qu'elle est fournie par un acte de générosité spontanée ou en vertu de prescriptions légales.

Quel que soit d'ailleurs le régime adopté, certaines personnes sont tenues de constituer une dot aux futurs époux : le mot dot est alors pris dans son sens le plus général. Il y a d'abord le père, et à son défaut la mère qui sont tenus de doter la fille non émancipée se trouvant encore en puissance, et prennent la dot sur les biens de communauté, ou à défaut de tels biens, sur leurs biens personnels : telle est du moins la présomption établie par la loi. Peuvent encore être forcés de fournir une dot les tuteurs en faveur de leur pupille sur les biens propres de celle-ci, les personnes auxquelles cette charge a été imposée par contrat ou testament (Voir le titre 11. *Partidas* IV.) (50). La dot constituée dans

(50) Dans les citations que nous ferons des recueils espagnols, nous nous en rapportons à M. Lehr, ne pouvant les vérifier nous-même. — La dot doit généralement être égale à la *légitime*, c'est-à-dire à la part de la fille dans la succession des parents, déduction faite de ses biens personnels. L'obligation de doter cesse si la fille se marie sans le consentement de ses parents. (Wheaton et Lawrence, op. cit. page 454).

ces diverses hypothèses est dite nécessaire ; dans les autres cas volontaire.

On retrouve aussi la distinction romaine entre les dots profectives et les dots adventices.

Enfin, suivant que l'on a évalué ou non la valeur des objets constitués en dot, la dot est dite estimée ou non estimée. C'est la division la plus importante, car les pouvoirs du mari diffèrent suivant que la dot a été estimée ou ne l'a pas été.

La dot peut consister en biens corporels et en créances, et en général en tout ce qui peut être utile au ménage.

En ce qui touche la constitution même de la dot, nous retrouvons la doctrine romaine exposée par Paul (P. II, 21 b. § 1.) Elle peut précéder ou suivre le mariage : d'où il suit que la dot peut aussi être augmentée durant le mariage (51). La constitution entraîne garantie. Quand la dot est payée, le mari peut, s'il ne l'a fait dans le contrat de mariage ou dans un acte subséquent, être obligé d'en reconnaître la consistance par l'acte public connu sous le nom de *carta de dote*.

Quels sont les droits du mari sur la dot ? Si la dot a été estimée, le mari en est le vrai propriétaire : il peut aliéner les biens qui en font partie, les grever d'hypothèque, en disposer comme il lui plaît. Il n'est tenu en principe qu'à restituer leur valeur au moment de la dissolution du mariage. Souvent même, si cette estimation a excédé, fût-ce même de fort peu, la valeur des biens dotaux, le mari pourra faire réduire l'évaluation et du même coup sa propre responsabilité.

En l'absence d'estimation, la femme reste propriétaire de ses biens dotaux : le mari maître de la dot, *dueno*, n'a que des droits d'administration et d'usufruit ; mais ces droits sont fort étendus. D'abord pour les choses fongibles, il en est quasi-usufruitier, c'est-à-dire maître absolu, à charge seulement de restituer leur

(51) Tous les biens acquis par la femme à titre gratuit durant le mariage, viennent s'ajouter à la dot. (Wheaton et Lawrence, *ibid.*)

valeur. Il administre les biens immobiliers, les fait valoir, exerce à leur occasion les actions judiciaires y relatives, en perçoit les fruits et revenus et a droit à remboursement pour les impenses utiles ou nécessaire qu'il a faites. Ajoutons qu'en vertu de la loi de 1870 sur le mariage civil : art. 45, 46 et 47, le mari âgé de moins de dix-huit ans, absent ou interdit, ne peut exercer son droit d'administration sans l'autorisation de son père ou de sa mère, ou, à leur défaut, de justice.

Il y a lieu à restitution au cas de mort d'un époux, annulation du mariage, séparation de corps ou de biens. Les biens estimés se restituent en valeur d'après l'évaluation et les choses fongibles sont rendues en choses de même espèce, quantité et qualité, ou bien en argent. Pour les créances que la femme a apportées en dot, le mari se libère en restituant les titres sauf à répondre de l'insolvabilité du débiteur survenue par sa faute. Enfin le mari rend en l'état et non détériorés par son dol ou par sa faute les immeubles et corps certains non estimés et non fongibles. En tous cas la femme ou les héritiers de la femme doivent bonifier au mari ou à ses héritiers les impenses utiles ou nécessaires.

La femme jouit de garanties très sérieuses destinées à assurer le recouvrement de sa dot et de ses reprises dotales. A l'inverse du législateur italien, le législateur espagnol n'a pas consacré l'inaliénabilité du fonds dotal ; mais il a établi un ensemble de règles protectrices qui, sans nuire au crédit du mari, protègent suffisamment la femme. Les biens dotaux non estimés ne peuvent être aliénés par le mari seul ; il faut pour que l'aliénation soit valable que le mari justifie du consentement de la femme. Cette dernière a, de plus, le droit, chaque fois qu'une aliénation totale ou partielle a eu lieu, d'obliger son mari à lui hypothéquer quelques-uns des biens propres présents ou de ceux qu'il acquerra dans la suite. Enfin, si avec le prix de son immeuble aliéné on achète un autre fonds, celui-ci est subrogé réellement au premier dans sa nature de bien dotal. Pour bien déterminer le caractère particulier des biens dotaux primitifs ou subrogés, la femme fait inscrire

à son nom sur le registre hypothécaire les biens constituant la dot et dès lors le mari ne peut plus les aliéner, ni les hypothéquer seul (52). Même pour les immeubles estimés, la femme peut prendre une précaution semblable entraînant les mêmes conséquences. L'aliénation totale partielle directe ou indirecte ne peut donc s'opérer que du consentement des deux époux. C'est, on le voit, la théorie romaine de l'époque classique, telle qu'elle résulte de la loi Julia. Il n'y a pas indisponibilité de la chose et bien que la loi déclare les biens dotaux imprescriptibles durant le mariage (53) elle se borne à établir contre le mari une simple incapacité d'aliéner. Est-ce cette solution qui a amené M. Lawrence (54) à dire que le régime espagnol dont nous nous occupons est le régime sans communauté du droit français ? Le jurisconsulte américain a-t-il vu dans l'inaliénabilité du fonds dotal un élément essentiel du régime dotal ? C'est probable. Pour nous, suivant en cela M. Lehr, qui a fait du droit espagnol une étude approfondie, et examinant en elles-mêmes les règles admises en notre matière, nous ne pouvons nous rallier à l'opinion de cet auteur qui est resté isolé. Quant à l'inaliénabilité, si elle est de la nature du régime dotal, elle n'est pas de son essence : les plus éminents jurisconsultes sont unanimes en ce sens (55) et nous avons vu la loi italienne permettre aux époux de l'écarter.

(52) C'est une innovation de la loi hypothécaire de 1871 qui s'est écartée en ce point de la loi romaine. Il en résulte que le mari n'est plus réputé maître et seigneur de l'immeuble dotal non estimé et doit le conserver en bon état jusqu'au moment de la restitution.

(53) Lehr, op. cit., § 328, 8°.

(54) Lawrence et Wheaton, op. cit., p. 453.

(55) V. notamment : Aubry et Rau, t. v. page 523 et Demante et Colmet de Santerre, VI, page 447.

On retrouve en Espagne le principe romain : « *Interest réipublicæ mulieres indotatas non esse* » en vertu duquel on rescinde pour moitié au profit de la femme l'aliénation qu'elle aurait faite de sa dot conjointement avec le mari.

La femme a une hypothèque légale pour le recouvrement de sa dot et de ses créances dotales. Elle est réglée par un des chapitres de la loi hypothécaire du 8 février 1861 remaniée plusieurs fois puis enfin rendue exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1871. Cette loi constitue un progrès immense sur la législation antérieure et sur les lois du reste de l'Europe et notamment de la France. Elle a sagement abandonné la doctrine des hypothèques générales et occultes pour consacrer les principes de la publicité et de la spécialité pour toutes les hypothèques même pour les hypothèques légales. L'hypothèque légale n'est pour la femme que le droit de demander l'inscription d'une hypothèque. Elle présente de plus un caractère assez singulier en ce que les biens grevés sont les biens même que la femme a apportés en dot. La dot estimée devient la propriété du mari ; mais en inscrivant l'immeuble en son nom, le conservateur inscrit en même temps l'hypothèque de la femme. Même mention à propos des immeubles dotaux et même paraphernaux qui lui sont remis à titre de dot, ce mot étant pris *lato sensu*. C'est la femme majeure qui peut requérir l'inscription, ou le constituant si elle est mineure. Le tuteur peut aussi exiger l'inscription, si la femme mariée est mineure. D'autre part, si le contrat de mariage mentionne l'hypothèque de la femme, il y a lieu à inscription suivant la clause stipulée. Enfin, le notaire recevant un contrat de mariage, qui ne fait aucune mention en ce sens, doit, comme pour tous les actes entraînant hypothèque, envoyer un extrait au conservateur du registre de propriété qui avise les parties et le ministère public. Si ensuite les parties restent dans l'inaction, le *fiscal* (officier du ministère public) peut agir devant le juge compétent à telles fins que de droit.

Disons en terminant que l'hypothèque peut porter aussi sur des biens propres du mari : tout dépend des conventions des époux et des stipulations du contrat de mariage.

L'hypothèque ne garantit que les dots délivrées solennellement devant notaire. La dot non délivrée mais simplement reconnue

par le mari (*confessada*), dans le but de créer un avantage indirect au profit de la femme n'est nullement garantie. La loi hypothécaire a ainsi tranché dans ses art. 168 et 170 une controverse qui s'était élevée à ce sujet dans l'ancien droit espagnol.

Le mari constitue le plus souvent à sa femme des *arras* : c'est ce que dans les provinces du Midi de la France on connaissait sous le nom de contre-dot ou augment de dot (56), institution qui n'est pas sans analogie avec le douaire. C'est une sorte de compensation à l'apport de la dot : la femme acquiert la propriété pleine et entière des *arras* que le mari administre. Il ne peut les aliéner seul non plus que les grever d'une charge quelconque sans le consentement de la femme. L'hypothèque légale ici encore garantit la femme contre les fautes du mari.

Enfin une dernière garantie est donnée à la femme : c'est celle de la séparation de biens. Si le mari compromet la dot et les sûretés données à la femme, celle-ci peut lui en faire enlever l'administration. Le même résultat est produit par la séparation de corps (*divorcio quanto à la cohabitacion*).

Telles sont les règles principales admises en ce qui touche le régime dotal et les droits des époux. Est-il besoin d'ajouter que ce régime a besoin d'être formellement stipulé ? Cela va de soi car il n'est guère de régime où les droits des parties aient besoin d'être déterminés d'une manière plus nette et plus précise.

B. *Régime des biens paraphernaux*. — Ce régime bien moins usité que le précédent, est rarement adopté seul. Le plus souvent, ses clauses sont mêlées aux règles de l'un des deux autres régimes. Sont paraphernaux les biens que la femme ne

(56) La quotité des *arras* est limitée à un dixième de la fortune du mari. Nous retrouvons ici les motifs qui ont déterminé le législateur à restreindre les donations pour cause de fiançailles et de mariage et à interdire les donations entre époux.

Voir sur l'augment de dot dans notre ancien droit : Warnkœnig u. Stein, *Französische Staats u. Rechtsgeschichte*, B. II, § 261.

s'est pas constitués en dot. La femme en garde la propriété et le plus souvent l'administration. Il lui faut alors pour les contrats qu'elle passe à l'occasion de ces biens, l'autorisation de son mari. De même elle ne peut ester seule en justice. Cela résulte des articles 45, 49 et 50 de la loi provisoire de 1870 sur le mariage. Tous les actes de cette nature qu'elle aurait faits sans autorisation maritale ne produisent ni obligation ni action, à moins d'avoir été expressément ratifiés par le mari (57).

Au lieu de conserver l'administration de ses biens paraphernaux, la femme peut la remettre au mari qui agit alors en son lieu et place. Si cette remise a eu lieu par devant notaire, la femme a droit à une hypothèque légale pour ses biens paraphernaux. (Loi hyp. art. 180).

Les biens paraphernaux peuvent, durant le mariage, perdre leur caractère et devenir dotaux s'ils sont livrés au mari pour constituer ou augmenter la dot. On applique alors à ceux de ces biens qui ont changé de caractère toutes les règles du régime dotal.

C. Régime de communauté. — Les deux régimes précédents qui sont des régimes essentiellement conventionnels, appartiennent surtout aux classes nobles de l'Espagne. Le régime populaire qui est devenu le régime légal, est celui de la communauté réduite aux acquêts. Nous avons essayé de déterminer les causes principales de l'adoption de ce système en Espagne, pays de droit romain ; nous ne voulons pas y revenir.

La communauté légale, *societad legal*, apparaît dans le premier recueil de droit espagnol, le *Fuero juzgo*. Elle vient en droite ligne des coutumes barbares d'après lesquelles les femmes prenant part aux fatigues, aux expéditions et aux combats de leurs époux, devaient aussi participer aux prises qu'ils faisaient

(57) Observons toutefois la disposition de l'art. 55 de cette loi : Le mari et ses héritiers peuvent seuls attaquer les actes passés par la femme sans autorisation.

sur l'ennemi. Tel est, selon les auteurs espagnols, le motif fort plausible d'ailleurs de la loi des Wisigoths (58). La communauté est généralement réduite aux acquêts tant meubles qu'immeubles que les époux se partagent par moitié. Au commencement du XIII^e siècle, le *Fuero real* permit de stipuler la communauté universelle. Toutefois, Alphonse le Sage essaya d'enlever à la communauté le droit de cité en Espagne en ne le mentionnant pas dans les *Siete Partidas*. Mais les mœurs furent plus fortes que la loi et les divers recueils postérieurs consacrant le fait accompli, organisèrent la communauté légale. Elle est réduite aux acquêts, mesure plus sage, croyons-nous, que celle qu'a adoptée la loi française. Elle procède de plein droit entre les époux, dès qu'il n'y a pas dans le contrat de mariage une clause formelle l'excluant et à plus forte raison quand il n'y a pas de contrat. Elle existe du moment où il y a mariage régulier, et où les deux époux vivent ensemble.

La femme est libre de renoncer lors de la célébration du mariage, à la part de gain que lui assurait la loi : elle se trouve alors déchargée de sa part dans les dettes communes.

La composition de la communauté est fort simple à déterminer : on en écarte les biens présents même mobiliers des époux, ce qui exclut les dettes correspondantes, et l'on n'y comprend que les biens acquis pendant le mariage, *gananciales*, autrement que par succession ou donation.

Ainsi, dans l'actif nous comptons : tous les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage par l'un des époux, les fruits et intérêts, revenus et arrérages de tous les biens des époux, tant présents que futurs, tant propres que communs, les bénéfices qu'ils tirent d'un métier, d'une industrie ou d'une fonction

(58) De la Serna y Montalban : *Elementos del derecho civil y penal en España*, Madrid 1851, t. I, page 256 : « Participes las mugeres de las fatigas, espediciones y combates de sus maridos, se creyó que debian participar de las presas echas al enemigo. »

quelconque. C'est, en un mot, notre article 1401, moins le premier paragraphe. Ajoutons que la présomption établie par l'art. 1402 est admise en Espagne et qu'on considère comme communs les biens dont les époux ne peuvent, à la dissolution du mariage, établir le caractère de propre.

Le passif correspond à l'actif et comprend : toutes les dettes contractées pour l'entretien de la famille et du ménage, les dettes d'entretien des propres et biens communs, des dots et donations *propter nuptias* données ou promises aux enfants communs à moins que le contrat n'en dispose autrement. Restent propres : Les biens acquis à titre de donation par l'un des deux époux du roi, du gouvernement ou de toute personne quelconque — les biens acquis à titre de succession ou de legs durant le mariage, à titre de retrait, ou en vertu d'un droit de réméré stipulé avant le mariage — les biens appartenant à chaque époux lors du mariage — les biens acquis en échange ou en remploi d'un propre aliéné — les biens achetés des deniers d'un seul époux.

Tant que la communauté dure, les *gananciales* sont la propriété commune des deux époux ; mais le mari seul a une propriété *in actu* en ce sens que seul il dispose des biens de la communauté. Il administre ces biens communs et en outre il peut les aliéner, en disposer entre vifs, comme il lui plaît. Toutefois, s'il fait des donations, elles doivent être modérées et ne pas léser les droits de la femme.

La femme ne peut, de son côté, engager la communauté. Son droit de propriété sur les biens communs est conditionnel et subordonné à leur existence dans le patrimoine commun à la dissolution du mariage. Elle ne peut en disposer à aucun titre : toutefois elle peut acheter à crédit les choses mobilières destinées à la consommation journalière du ménage ; elle peut même acheter à crédit des bijoux, vêtements et meubles précieux, si le mari connaissant la vente ne fait pas entendre de réclamation (Loi sur le mar. art. 51). La femme peut d'ailleurs tester seule sur sa part éventuelle de communauté.

A la dissolution du mariage, la communauté se partage par moitié entre les deux époux ou leurs héritiers. Il peut y avoir lieu à des reprises et à des récompenses si, par exemple, la communauté a payé les dettes d'un époux antérieures au mariage. Si la femme accepte la communauté, elle prend dans le passif une part proportionnelle à celle qu'elle a dans l'actif. D'autre part, il lui est permis aussi de renoncer à la communauté : il n'y a pas lieu alors à partage. La femme peut même durant le mariage renoncer à la moitié des acquêts : dans ce cas, la communauté de biens est censée n'avoir jamais existé. Sous quel régime les époux se trouvent-ils placés ? Nous pensons que c'est le régime de séparation de biens. Toutefois si le contrat de mariage, ou, en l'absence d'une clause formellement exclusive de celui-ci, la loi a réuni la communauté d'acquêts au régime dotal, ce dernier reprend tout son empire et règle souverainement les relations pécuniaires des époux (59).

Remarquons en terminant que la communauté peut se continuer entre le conjoint survivant et les héritiers de l'époux prédécédé.

De l'ensemble des règles que nous venons de présenter il résulte qu'on peut faire à la loi espagnole un très grave reproche : c'est celui de n'établir aucune fixité dans le régime adopté par les époux. Nous avons vu que des immeubles paraphernaux peuvent devenir dotaux pendant le mariage ; que la femme peut renoncer d'avance à la moitié lui afférant dans les acquêts et faire ainsi disparaître le régime de communauté primitivement adopté. C'est là un vice fort grave dont nous n'avons pas à faire ressortir les inconvénients. La cause en est évidemment dans le défaut de méthode et d'unité de la législation espagnole. C'est un réseau souvent inextricable de contradictions incessantes dîtes

(59) Il est assurément singulier que M. Lawrence n'ait pas parlé de la communauté légale adoptée en Espagne. Cette omission est fort difficile à expliquer.

à l'alliance des lois d'époques relativement modernes avec les vieilles lois romaines et barbares. Il est assurément fâcheux que le projet de Code civil rédigé en 1851 n'ait pu encore recevoir la sanction législative. Cela est d'autant plus regrettable qu'on peut voir dans la loi hypothécaire de 1871 ce que le législateur espagnol peut faire dans la voie du progrès et du perfectionnement.

III. — PORTUGAL

Uni pendant de longs siècles au royaume d'Espagne, le Portugal subit les mêmes vicissitudes que son voisin tant dans sa vie politique que dans sa vie juridique. Droit romain, droit canonique, droit germanique y prirent racine et s'y développèrent (60).

La séparation des deux royaumes se fit au XI^e siècle lorsque le roi Alphonse VI donna au prince Henri de Bourgogne le comté de Portugal érigé plus tard en royaume. Il était alors régi par les grands recueils espagnols notamment le *Fuero juzgo* et par des *Foraes*, coutumes locales analogues aux *Fueros* d'Espagne. Les divers rois qui se succédèrent en Portugal publièrent de nombreuses *Ordenacaês* ou ordonnances dont les plus connues sont celles de dom Alphonse V (1446) de dom Manoel (1521) et celles que Philippe II et Philippe III d'Espagne imposèrent au Portugal après l'avoir annexé. Tous ces textes se contredisaient, s'annihilaient ou faisaient double emploi. Aussi, dès le milieu du XVIII^e siècle, les Portugais sentirent-ils le besoin d'une législation uniforme et simple. De nombreuses tentatives de codification échouèrent successivement dans la première moitié de ce siècle. Ce n'est qu'en 1869 que le Code civil de Portugal fut promulgué et déclaré obligatoire dans des délais variant suivant qu'il s'agissait de la métropole, ou des possessions d'outre-mer. Nous

(60) Voir sur les lois portugaises: Saint-Joseph: Concordance des codes civils, etc.... t. III. page 148.— M. Midosi: Sources de la législation portugaise. Société de législ. comp. Bulletin 1875, page 162.

n'avons pu malheureusement nous procurer ni traduction ni analyse de ce Code. Nous nous bornons à transcrire ici quelques lignes par lesquelles M. Midosi essayait de caractériser son esprit : « Le Code civil portugais n'est pas rédigé dans un esprit
« de complète innovation. On peut le considérer comme une
« transaction entre les principales sources de notre ancienne
« jurisprudence et les nouveaux principes de la science. Malgré
« les profondes modifications qu'il a faites sur quelques points,
« dans le fond il respecte l'ancien droit portugais. Il améliore
« et développe les dispositions des lois nationales ; de plus, il
« codifie la législation civile tant romaine et canonique qu'étran-
« gère, laquelle n'était pas seulement subsidiairement applicable,
« mais réglait seule beaucoup de points de droit en Portugal. Le
« nouveau Code civil interdit le recours à la législation étran-
« gère ; les cas omis doivent être régis par le droit naturel. »

Force nous est de nous en tenir à ces quelques lignes pour définir le caractère général du Code de 1869. En ce qui touche le contrat de mariage, les documents ne sont guère plus abondants. Outre le travail de M. de Saint-Joseph, nous pouvons citer deux articles de M. Levy Jordao publiés dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. IV, page 132 et t. V, p. 101 intitulés : *Le régime de communauté dans le Mariage portugais et le Morgengab usité en Portugal*, et une brochure de M. Guay (Paris, 1880) : *Le régime de la communauté entre époux dans le nouveau Code civil portugais*.

I. Quant aux questions de capacité et de formes, nous n'avons que fort peu de choses à dire. La majorité ordinaire est fixée à l'âge de vingt-cinq ans : Les époux mineurs, pubères à l'âge de quatorze et de douze ans, ont besoin pour se marier et pour se fiancer du consentement du père, à son défaut de la mère, enfin à leur défaut du tuteur. Nous ne savons quelles sont les règles qui régissent le contrat passé par des époux mineurs de vingt-cinq ans. A partir de vingt-cinq ans, les futurs sont tenus de demander le consentement des père et mère, mais ils ne sont pas

liés par leur opposition. Il est probable qu'ils jouissent alors de leur pleine capacité pour faire le contrat de mariage. La loi portugaise exige l'accord des volontés et un consentement formel et exempt de tout vice.

II. Le contrat de mariage pris en lui-même est un acte authentique et soumis à l'insinuation. C'est souvent lors des fiançailles que les deux familles règlent le régime matrimonial et font toutes les stipulations et donations que de droit. Le contrat de fiançailles doit alors, lui aussi, être rédigé en la forme authentique (61).

III. La partie principale du contrat de mariage est celle qui regarde la constitution de la dot et l'adoption d'un régime.

En ce qui touche la dot, nous retrouvons en Portugal l'action donnée à la fille, même illégitime, même adultérine, contre ses parents afin d'être pourvue d'une dot. Sous le régime dotal, c'est le père qui dote, ou la mère, si celui-ci est pauvre. Sous le régime de communauté on prend la dot sur les biens communs. L'obligation peut passer à la charge des ascendants, ou à leur défaut du frère, mais dans ce dernier cas à simple titre d'aliments.

A. Régime dotal. — Le régime dotal est à peu de chose près organisé comme en droit romain. C'est le régime adopté par la noblesse et les classes supérieures de la société portugaise. La dot se constitue par acte authentique et avant ou après le mariage. Entre nobles ou privilégiés, elle peut se constituer sans écrit. Il y a même un cas où la constitution est purement tacite : une veuve mariée primitivement sous le régime dotal se remariant sans qu'il soit parlé de dot se trouve soumise de nouveau au régime dotal. En dehors de ces cas, la constitution doit être expresse. Sous peine d'être inofficiieuse, la dot ne peut dépasser le montant de la légitime.

Le mari a l'administration et la jouissance de la dot : il n'en

(61) Saint-Joseph, III, 141.

a pas la propriété à moins qu'une clause formelle du contrat ne la lui attribue (62). En tous cas il a droit à une indemnité pour les impenses et réparations faites sur les biens dotaux.

Quant à la femme, elle n'a qu'une créance de restitution à faire valoir au jour de la dissolution du mariage. S'il y a des enfants, le mari conserve l'usufruit et n'est pas tenu à une restitution immédiate.

Plusieurs garanties sont données à la femme pour assurer le recouvrement de sa dot. D'abord le mari ne peut aliéner les meubles dotaux sans le consentement de sa femme. Quant aux immeubles dotaux, la loi portugaise les frappe d'une inaliénabilité absolue. Les deux époux ne peuvent même conjointement les aliéner, les hypothéquer, les grever de servitudes passives. L'échange est soumis à des formes compliquées et protectrices destinées à empêcher les fraudes à la loi.

La femme a en outre sur les biens de son mari une hypothèque privilégiée pour la restitution de sa dot et le recouvrement de ses reprises dotales.

Enfin elle peut exiger une restitution prématurée, si la mauvaise administration du mari met la dot en un péril imminent. Si le danger est moins grave, la justice peut se borner à ordonner la remise de la dot entre les mains d'un séquestre.

C'est, on le voit, le régime dotal romain à peu près intact.

B. Régime des paraphernaux. — C'est une sorte séparation de biens. Si la femme est mariée sous le régime dotal, ceux de ses biens qui ne sont pas dotaux sont paraphernaux. La femme peut aliéner ces biens seule ; mais ne saurait les obliger pour le compte d'un tiers : c'est là une théorie qui vient en droite ligne du sénatus-consulte Velléien. Avant 1869 beaucoup de jurisconsultes portugais pensaient que le mari avait le droit d'administrer les biens paraphernaux de la femme. Nous ne savons ce

(62) L'estimation de la dot en vaut vente sauf le cas de rescision pour lésion d'outre-moitié.

que le Code civil a décidé sur ce point, mais la théorie de ces auteurs nous semble peu compatible avec le droit d'aliénation reconnu à la femme.

Il est d'autres biens qui sont propres à la femme, ce sont les arrhes qui viennent en droite ligne de la *morgengabe* des Germains et sont données à la femme en reconnaissance de sa dot ou de ses qualités personnelles, *pretium virginitatis amissæ*. Le mari doit les donner avant le mariage, sinon ce serait une donation entre époux essentiellement révocable : leur maximum est fixé au tiers de la dot sans pouvoir excéder 4,000 cruzades. L'administration et la jouissance restent au mari, et les arrhes ne sont définitivement acquises à la femme que si elle survit à son mari. C'est en somme pour elle un simple gain de survie.

La femme a pour le recouvrement de ses paraphernaux une hypothèque légale, mais non privilégiée comme pour les biens dotaux.

C. Régime de communauté. — Le régime dotal s'était généralisé dans le Portugal sous la double influence du droit romain et du droit canonique. Mais au XII^e siècle, dans quelques coutumes locales, parut le régime de communauté que l'on appela et que l'on appelle encore charte de moitié, *carta de metade*. Il se répandit rapidement dans les classes inférieures et pauvres où le seul capital est le travail commun des deux époux. S'il faut en croire M. Guay, la communauté universelle a pris naissance parmi les populations peu aisées de l'Estramadure pour s'étendre de là à tout le royaume sous l'influence de la conception catholique de l'égalité des époux dans le mariage. Quant à croire, comme semble le dire cet auteur, que c'est un produit absolument original du sol portugais, nous ne saurions aller aussi loin. La communauté universelle est sans doute arrivée en Portugal à son plein et entier développement bien avant que ce régime fût consacré par le droit de Brême, de Lubeck, de la Westphalie et des autres Etats allemands qui l'adoptèrent plus tard. Tous ces pays en avaient pris le germe dans un droit commun, le droit germa-

nique : seul le mode de développement de cette institution avait varié. Ce développement avait été plus précoce en Portugal, plus tardif en Allemagne ; plus complet en Portugal, plus restreint en Espagne.

La communauté est universelle et naît de plein droit dès qu'il y a eu célébration solennelle du mariage religieux et cohabitation des deux époux : peu importe qu'il y ait ou non des enfants communs comme cela est exigé à Lubeck.

Le régime peut s'adopter contractuellement par stipulation d'une charte de moitié et se combiner avec le régime dotal. D'autre part le contrat de mariage peut la restreindre et la transformer. L'actif comprend tous les biens meubles et immeubles présents et futurs des deux époux : on les appelle biens communs. Certains biens restent toutefois exclus de la communauté soit parce que les époux n'en ont pas la propriété pleine et entière, soit parce que l'ordre public s'y oppose (63). Ainsi les majorats, les biens constitués en emphytéose, les biens de fidéicommis entre les mains du fidéicommissaire appartiennent à la première catégorie de propres. Appartiennent à la seconde, les deux tiers des biens de la veuve âgée de plus de cinquante ans qui se remarie, les biens que les père et mère ont acquis de leurs enfants décédés si ces père et mère se remariaient ayant d'autres enfants frères germains des enfants prédécédés.

Les dettes communes grèvent seules la communauté, et on entend par dettes communes celles qui ont été contractées conjointement par les deux époux. Si le mari ne s'est pas assuré du consentement de sa femme pour contracter, il ne grève que sa part éventuelle de communauté.

Cette intervention de la femme se produit jusque dans l'administration des biens communs. Le mari peut aliéner seul à titre onéreux les meubles communs : mais il n'en est pas de même pour les immeubles. S'agit-il à propos de l'immeuble de commu-

(63) Jordao : *Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, t. V, p. 138.

nauté d'aliénation, d'hypothèque, de servitude passive, il faut l'autorisation expresse et spéciale de la femme. C'est pour ainsi la contre-partie de l'autorisation maritale nécessaire en France pour que la femme puisse s'obliger ou aliéner ses propres. De telles dispositions peuvent paraître étranges; mais en allant au fond des choses, on ne saurait méconnaître l'influence romaine plus ou moins apparente. C'est la théorie de la loi Julia à propos des immeubles dotaux. La femme met en communauté toute sa fortune : le législateur veut lui donner une garantie et pour cela lui permet de s'opposer à l'aliénation des biens de la communauté. On donne des droits presque égaux aux deux époux. Loin de critiquer, nous approuvons cette garantie donnée à la femme sous un régime, qui sans cela aboutirait, le plus souvent pour elle, à un dépouillement complet; mais remarquons en même temps combien on s'écarte du principe germanique primitif, suivant lequel le mari est maître et seigneur de la communauté.

La jurisprudence avait donné à la femme une autre garantie : nous ne savons si le Code civil l'a maintenue. Par analogie avec notre art. 1453, on permettait à la femme de renoncer à la communauté, faveur vivement combattue par les auteurs qui ne la trouvaient nullement justifiée.

La communauté se dissout par la mort de l'un des époux, ou par l'annulation du mariage. On procède au partage : il y a lieu aux rapports, récompenses, prélèvements, reprise des propres. La masse constituée se divise entre les héritiers. Notons qu'on y fait rentrer les biens acquis entre la dissolution du mariage et le partage lui-même, qui du reste, peut n'être effectué qu'après un temps assez long (64).

(64) Nous répétons en terminant que le droit portugais, tel que nous venons de l'exposer, est le droit antérieur tel qu'il existait avant la rédaction du Code. Des recherches que nous avons faites, il résulte que la rédaction de 1868 ne l'a modifié que dans des parties absolument secondaires et peu importantes.

Tel est le régime de communauté. Il est fort compréhensif et s'étend même au régime dotal si une clause formelle ne soustrait pas à son action les biens acquis durant le mariage par les époux dotaux. Enfin, c'est le régime qu'Alphonse V, dans ses ordonnances, a érigé en régime de droit commun. Aussi l'appelle-t-on régime *segundo uso de reino*, selon l'usage du royaume.

IV. — ÉTATS LATINS D'AMÉRIQUE

Avec les armes des Espagnols et des Portugais, l'influence de ces deux peuples s'est étendue sur l'Amérique du Sud, sur l'Amérique du Centre et sur une partie considérable de l'Amérique du Nord. Les vainqueurs ont apporté leur droit et leurs institutions tels qu'ils existaient en Portugal et en Espagne. Ils les imposèrent aux vaincus sans leur rien emprunter. Il ne fut tenu nul compte du droit des Indiens, non plus que de leurs mœurs ou de leurs usages ; il ne s'opéra aucune fusion, aucun rapprochement. Cela n'a rien qui doive nous étonner. La vieille civilisation de l'Europe chrétienne ne pouvait rien avoir à emprunter à ces peuplades tantôt simples et naïves, tantôt sanguinaires, qu'elle trouvait au Pérou ou au Mexique. Le droit de la métropole passa intégralement dans les colonies et s'y est maintenu malgré les guerres intestines qui les ont sans cesse déchirées, malgré même l'émancipation qui les a séparées de l'Espagne et du Portugal (65).

Le Portugal n'a étendu son empire que sur le Brésil et là nous trouvons la législation portugaise dans toute sa vigueur.

Il en est de même pour les colonies espagnoles. Ainsi, au Mexique, à côté du régime dotal, nous retrouvons la communauté

(65) Voir à ce sujet une étude très consciencieuse de M. de Fontpertuis sur les Etats latins de l'Amérique (Paris-1882 Degorge Cadet). — L'auteur montre fort bien que l'émancipation des colonies a eu surtout des causes économiques et ne devait porter aucune atteinte aux institutions juridiques.

d'acquêts à parts égales telle qu'elle est organisée dans la *Recopilacion* de Philippe II (66). La Louisiane suit elle aussi les mêmes règles ?

Dans l'Amérique du Sud (67) nous trouvons la dot adventice ou profectice, volontaire ou nécessaire, estimée ou non estimée. La fille a une action aux fins de dot. La propriété de la dot passe au mari qui ne peut aliéner que les biens dotaux estimés et qui est incapable de tout acte de disposition vis-à-vis des biens non estimés. Il acquiert tous les fruits. Il y a aussi des biens paraphernaux, dont les fruits contribuent à l'entretien du ménage. Une hypothèque légale assure à la femme la restitution de ses biens dotaux et de ses paraphernaux.

De même nous trouvons des *arras* contredot donnée en reconnaissance de la dot ou de la noblesse de la future ou comme prix de sa virginité. Ces arrhes sont presque partout limitées au dixième de la fortune du mari.

Enfin le régime de communauté réduite aux acquêts existe presque partout comme régime légal.

Ce sont là les traits généraux des législations du Nouveau-Monde.

Il n'est plus besoin d'insister sur leur parenté étroite avec les lois d'Espagne et de Portugal. Elle frappe quiconque examine l'une quelconque des législations de l'Amérique du Sud.

Prenons par exemple le Pérou (68). Un nouveau Code civil, qui date de 1852, s'est borné à reproduire la loi espagnole et n'y a introduit que quelques modifications tout à fait secondaires dont le principe a été emprunté au droit français.

(66) M. D'Olivecrona : *Origine et développement de la communauté des biens entre époux*, *Revue Historique de droit français et étranger*, t. XI, page 292.

(67) Saint-Joseph, t. II, page 4 et ss.

(68) Voir un article de M. Véga : *La législation civile du Pérou* ; *Revue hist. de dr. fr. et étr.*, t. IX, pages 366 et ss.

La majorité de droit commun a été fixée à vingt-un ans ; mais avec le consentement des parents, les hommes peuvent se marier à dix-huit ans, les femmes à seize ans.

Le régime légal, réglé de telle façon par la loi que nul ne peut s'y soustraire, est un mélange de régime dotal et de communauté. Le mari garde en propre ses biens présents et les biens qu'il acquerra pendant le mariage à titre gratuit, de même que les biens subrogés aux précédents par voie d'échange ou d'aliénation. La femme conserve la propriété de sa dot, de ses paraphernaux, des arrhes ou des biens y substitués.

La dot soumise à l'administration du mari est inaliénable, sauf en cas d'urgente nécessité et avec l'autorisation de justice.

D'autre part, la loi déclare communs et divisibles par moitié les produits des propres des époux et les biens meubles et immeubles acquis pendant le mariage. Cette communauté procède de plein droit et ne saurait être écartée par les époux. Le contrat de mariage ne peut donc avoir pour but que de régler les apports de chacun des époux, les arrhes promis par le mari à sa femme, et dont le maximum est fixé au dixième de ses biens et les avantages que les époux peuvent s'assurer pour l'avenir : en aucun cas le contrat ne peut organiser un régime matrimonial spécial.

À côté de cette communauté obligatoire, nous retrouvons l'action donnée aux filles pour obtenir une dot de leurs parents et ascendants, la quarte du conjoint pauvre et une foule d'institutions juridiques qui ne peuvent venir que du droit espagnol.

V. — GRÈCE

Nous savons malheureusement peu de chose sur la Grèce, qui se trouve aujourd'hui en pleine voie de rénovation juridique, comme de développement politique.

À l'empire romain d'Orient Justinien avait légué le droit du Digeste, du Code et des Nouvelles. Le régime matrimonial usité ne pouvait être que le régime dotal avec ou sans biens paraphernaux. La femme apportait une dot, le mari une *donatio propter*

nuptias. L'ensemble de ces biens était dit *προικοῦποβολον* ; bien que soumis en entier à l'administration et à la jouissance du mari, il restait en ses diverses parties propre à chacun des deux époux. Aucune idée d'un régime quelconque analogue à notre communauté ne s'était présentée à l'esprit de l'empereur. Il avait cependant songé à établir entre les époux une égalité complète en décidant dans la Novelle XCVII que la *dos* et la *donatio propter nuptias* devaient être égales, confondant évidemment, comme l'a très bien fait remarquer M. Zachariæ (69), le principe de l'égalité avec celui de la communauté des apports. Peut-être faut-il chercher dans cette Novelle l'origine de la réforme réalisée plus tard par les princes isauriens Léon et Constantin. Ces princes établirent dans leur *Ecloga* une communauté entre époux, communauté plus ou moins compréhensive, suivant que le mariage avait été fécond ou stérile. S'il y a des enfants issus du mariage, tous les biens des époux, biens constitués en dot ou biens personnels, tombent en communauté, et cette communauté dure jusqu'au convol de l'époux survivant ou jusqu'à ce que le plus jeune des enfants ait atteint sa majorité. A la dissolution de la communauté, l'époux survivant prend, outre ses biens personnels, certains gains nuptiaux qui lui sont assurés par la loi elle-même et non plus seulement par des conventions matrimoniales. En l'absence d'enfants, le mari survivant garde, s'il ne convole pas, un quart du patrimoine commun appelé autrefois le *προικοῦποβολον*. Dans le même cas et toujours sous la condition de ne pas contracter de secondes noces, la femme prend le *προικοῦποβολον* tout entier, et, de plus, une certaine portion dans les biens personnels du mari.

Basile le Macédonien remit en vigueur le droit de Justinien,

(69) Zachariæ (C. H. E.) : *Histoire du droit privé gréco-byzantin*, traduction de M. E. Lauth. *Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, page 585 et ss.

mais la communauté était entrée dans les mœurs si bien que toutes les ordonnances des successeurs de ce prince se bornèrent à réglementer le montant de l'hypobolon (ancienne *donatio propter nuptias*) à déterminer les droits de la femme qui convole en secondes noces et les droits des enfants du premier lit, à fixer la part successorale de la veuve pauvre, à imposer à la femme survivante qui continue la communauté avec ses enfants, la rédaction d'un inventaire par acte public, à indiquer enfin les formes solennelles dans lesquelles on devra procéder à la vente des biens dotaux. Le régime de communauté et le régime dotal coexistent et se font des emprunts réciproques.

Tel fut l'état du droit jusqu'à l'invasion turque. Tout fut alors bouleversé ; l'ancienne législation ne subsista plus qu'à l'état de coutume, et dut encore subir bien des influences diverses, notamment celle des Francs de la quatrième croisade. Suivant les régions, c'est l'un ou l'autre des deux régimes que nous venons d'examiner qui domine. A côté des biens communs et des biens dotaux, on trouve encore des biens soumis au régime de la paraphernalité. La femme jouit sur les immeubles du mari d'une hypothèque légale qui lui assure le recouvrement de sa dot et des reprises qu'elle peut avoir à exercer. La femme administre ses biens propres, mais elle peut aussi en confier l'administration à son mari, qui est alors un mandataire ordinaire. Notons enfin que l'hypothèque légale doit être restreinte à telle quotité de biens dont la valeur excède d'un tiers le montant des créances ; tel est le principe : mais nous ne saurions dire si cette décision si bien justifiée s'applique à l'hypothèque légale de la femme (70).

Les Codes des anciennes provinces de Moldavie et de Valachie reproduisent le régime dotal romain avec cette différence qu'en Valachie il se rapproche plus du droit romain primitif tandis qu'en Moldavie il représente les formes qu'il avait dans les der-

(70) Saint Joseph, : II, p. 305 et ss.

niers temps de l'empire byzantin (71). Nous ignorons d'ailleurs l'influence qu'a pu exercer sur ce point la formation du royaume de Roumanie.

Quant à la Serbie (72), elle nous présente les mêmes règles à peu près que la Roumanie. Nous trouvons là le régime dotal avec le droit d'administration et de jouissance du mari sur les immeubles et meubles dotaux dont la propriété reste à la femme. Tout est stipulé avant le mariage par un contrat passé entre le futur époux et la fiancée : cette dernière, alors même qu'elle serait majeure, ne peut contracter seule ; elle doit toujours être assistée de son père ou de son tuteur, ou, à leur défaut, être autorisée par le tribunal. Les lois serbes ont-elles établi l'inaliénabilité du fonds dotal ? Nous ne saurions le dire : C'est toutefois fort probable, étant donné le respect dont jouit en Serbie le droit romain et étant connu ce fait que le mari ne peut disposer des valeurs dotales mobilières, et que la femme ne saurait les aliéner sans le consentement du mari.

La dotalité ne se présume pas et ne peut être établie que par contrat de mariage. S'il n'a pas été fait de contrat de mariage ou si le contrat ne porte aucune mention à cet égard, chaque époux conserve sa fortune personnelle. Sauf stipulation contraire, le mari administre, mais comme mandataire général et doit rendre compte de sa gestion.

Disons enfin que la communauté est connue en Serbie et que les époux peuvent la stipuler par un contrat de mariage. Quant à définir ses règles et ses limites, cela nous est impossible, faute de documents suffisants. Nous savons seulement qu'outre les causes de dissolution communes à tous les régimes, la mort, la séparation de biens, le divorce, elle présente une cause spéciale, la faillite.

(71) Zachariæ : op. cit. p. 502.

(72) Saint-Joseph : III, p. 485.

« Le mari doit donner caution pour la sûreté de la dot de sa
« femme, nous dit M. de Saint-Joseph. Mais il faut, pour assurer
« ses droits contre les tiers, prendre inscription sur les biens du
« mari. » Ce passage assez peu clair signifie sans doute que la
femme jouit de deux garanties : une caution fournie par le mari,
une hypothèque légale sur les biens de celui-ci, hypothèque qui
n'est opposable aux tiers qu'à condition d'être inscrite.

CHAPITRE II

Pays où domine l'élément germanique

SCANDINAVIE

Dans tous les pays que nous avons parcourus, si latins qu'ils fussent de mœurs et de langage, nous avons constaté l'influence souvent prépondérante d'un droit formellement contraire au droit romain, le droit germanique. C'est qu'en effet les Barbares venus du Nord de l'Europe se sont répandus sur tout le monde connu des anciens comme un torrent dévastateur et ont laissé partout des traces ineffaçables de leur passage. Partout où ils se fixaient, ne fût-ce qu'un instant, ils apportaient leurs coutumes et leurs usages, auxquels le principe de la personnalité des lois donnait force obligatoire. Ce droit, quel était-il ? Et plus spécialement dans la matière qui nous occupe suivant quels principes les Barbares organisaient-ils les relations pécuniaires des époux ? C'est ce que nous allons essayer de déterminer.

Et d'abord où faut-il chercher les éléments de cette étude ? M. Gide a fort bien montré qu'on se tromperait étrangement si l'on cherchait les principes du droit germanique primitif dans les *Leges romanæ Barbarorum*. « A l'époque où ces lois furent » rendues, les Francs, les Goths, les Burgondes assouplis par « le Christianisme, disciplinés par les rois, transportés sous le « ciel du Midi, au sein des douceurs de la civilisation et du « luxe des cités avaient presque oublié les mœurs simples et « rudes de leur première patrie (73). » Voulant sans doute con-

(73) Gide : op. cit. page 250.

server leur droit personnel, mais se trouvant d'ailleurs en contact immédiat avec la législation romaine, ils avaient dû forcément emprunter à cette dernière, ne fût-ce que pour des besoins nouveaux créés par une situation nouvelle, des règles dont ils n'avaient eu jusque-là aucune idée. Ces emprunts avaient profondément altéré la pureté du droit germanique et si les règles principales s'en sont conservées, la législation bâtarde des Barbares d'Italie ou de Gaule ne saurait fournir sur le droit germanique ancien des données aussi précises que les codes de Scandinavie. Qu'on ne vienne pas nous objecter que la rédaction des Codes danois et suédois est bien postérieure à la promulgation des lois romaines des Barbares ! De nos jours, la rédaction d'un code se justifie par le besoin de régler de nouveaux rapports de droit que les anciennes lois n'avaient pu prévoir, ou par la nécessité d'unifier la législation d'un peuple qui a acquis une existence personnelle et distincte de celle de ses voisins. Ces raisons s'imposaient aux Barbares du IV^e siècle ; mais il y avait en outre un motif qui leur était propre. Perdus pour ainsi dire au milieu des populations romaines de l'empire, ils ne pouvaient garder en l'état leur droit coutumier ; il eût vite disparu si une rédaction officielle n'en eût assuré la conservation et l'intégrité. Telle n'était pas la situation des peuplades restées dans les contrées septentrionales de l'Europe. Les tribus avaient une origine commune, des coutumes analogues qu'aucun droit étranger n'était venu corrompre. Toutes les invasions se sont faites du Nord au Midi et la conquête romaine n'a jamais pu dépasser le Danube et le Rhin.

Les Visigoths et les Ostrogoths ne sont-ils pas des rameaux détachés de ce peuples goth dont le séjour en Suède est bien prouvé par les noms que portent certaines provinces de ce pays : Gothie, Westro-Gothie, Ostro-Gothie (74). Lorsque l'ex-

(74) Nous disons le séjour : car primitivement les Goths habitaient aux sources de la Vistule ou dans les pays qui correspondent à la Bohême actuelle. C'est de là qu'ils partirent pour conquérir la Scandinavie.

cédant de population et l'amour des aventures entraînent vers les pays méridionaux l'immense flot des invasions barbares, les peuplades germaniques ne partirent pas toutes. C'est ainsi que les Scandinaves restèrent attachés à leur pays conservant et développant leurs institutions nationales, leur droit coutumier sur lesquels le Christianisme apporté très tard en Suède n'exerça qu'une influence très-secondaire. La population est demeurée germanique dans sa langue et dans ses lois. Jamais le pays n'a été conquis par les envahisseurs étrangers et si on trouve une noblesse, on n'y trouve pas de régime féodal importé par des vainqueurs. Tout ce que l'on rencontre en Suède d'institutions civiles et politiques vient du développement naturel qu'opèrent en toute nation les changements de mœurs et les progrès de la civilisation. La noblesse est née des rivalités entre les puissantes familles du pays que les rois voulaient s'attacher par l'octroi de privilèges importants ; mais jamais cette classe de la population n'obtint en Suède les droits exorbitants qu'elle a eus en France. La Suède est le pays de la liberté et de l'égalité. Les mêmes remarques peuvent être faites à propos de l'Islande, du Danemark et de la Norvège. Ces pays sont d'origine essentiellement germanique et se rapprochent bien plus de la Suède que de l'Allemagne. Aussi étudierons-nous simultanément leurs lois qui ne présentent entre elles que de très-légères différences.

Nous ne saurions nous occuper utilement du mariage des anciens Germains et de la façon dont ils réglaient les intérêts pécuniaires des époux, si nous ne disions auparavant quelques mots de l'organisation de la famille dans la Germanie primitive.

Comme chez tous les peuples aryens, nous trouvons la famille très-fortement organisée. Son chef tout-puissant exerce sur les membres qui la composent un pouvoir absolu dit *mundium* analogue à la *potestas* des Romains. Il veille à leurs intérêts et administre le patrimoine commun. Nous trouvons la copropriété de famille s'étendant à toutes les acquisitions faites par chacun

de ses membres. Il n'y a pas, à proprement parler, d'Etat, mais seulement une tribu formée des hommes libres des familles groupées sur un même point du territoire. Il n'est point question chez les Germains de roi héréditaire et absolu : les guerriers se choisissent un chef pour les conduire dans les combats et pour régler les différends qui ne valent pas la peine d'être portés à l'assemblée générale de la tribu.

C'est le mariage qui fonde la famille. La femme qui va se marier sort de sa famille pour tomber sous la puissance de son mari, échappant ainsi au *mundium* de son père ou de son plus proche agnat. Elle ne fait pour ainsi dire que changer de tuteur. Cela étant donné, comment se fait-il que les lois germaniques en soient arrivées à la communauté comme régime légal des biens entre époux au lieu d'aboutir au système pratiqué en Angleterre où la personnalité juridique de la femme disparaît entièrement dans celle du mari ? M. d'Olivecrona, conseiller à la Cour suprême de Suède, a fort bien expliqué cette évolution du droit germanique dans un ouvrage qui a eu un grand succès en Suède et dont M. Dareste présentait le 24 février 1883 la cinquième édition à l'Académie des sciences morales et politiques ; nous voulons parler du *Précis historique sur l'origine et le développement de la communauté de biens entre époux*, traduit dans la Revue historique de droit français et étranger de l'année 1865 (75). Si étendue que fût l'autorité maritale, la femme germanique conservait dans la famille une position plus considérable que la femme romaine, par exemple. Elle gardait une capacité civile, des droits distincts, que le mari reconnaissait et devait protéger ; c'était là surtout l'objet du *mundium*. Loin de rester confinée dans sa demeure comme la femme romaine, elle vivait de la vie de son mari, prenant part à ses travaux et à ses

(75) *Revue hist.* t. XI, pages 169 et ss. ; 249 et ss. ; 354 et ss. C'est toujours à ce volume qu'il faudra chercher les passages que nous empruntons au travail de M. d'Olivecrona.

fatigues, le suivant même à travers les périls des expéditions et des combats. La femme occupait donc une grande place dans la société germaine qui lui reconnaissait une certaine égalité avec son mari. Il est facile de comprendre comment est née l'idée de communauté, au moins pour les acquêts, fruits du travail commun des époux. Cette idée ne pouvait que se développer dans un pays où l'unité de la famille était si fortement établie que tous les biens-fonds hérités étaient censés appartenir à la famille entière (76). Ce n'est que lentement que le régime de la communauté devint le régime légal des peuples germains, et il est impossible de fixer d'une façon précise le moment où ce résultat fut définitivement acquis : tout ce que l'on peut dire, c'est que le germe de la communauté apparaît chez les Germains du Sud plutôt que chez les Germains du Nord, mais que ce régime atteint son complet développement chez les Scandinaves bien avant qu'il fût consacré comme règle de droit commun chez les autres peuples de race germanique.

A l'origine, nous trouvons une somme payée par le futur époux pour obtenir la tradition de sa femme. Cela ressort d'une façon évidente de l'étude des lois germaniques. Est-ce un véritable achat ? N'est-ce au contraire qu'un symbole ? Nous pencherions de préférence vers la première opinion au moins en ce qui touche le droit primitif, et ce n'est que plus tard que le paiement de cette somme dut revêtir un caractère purement symbolique. La femme se trouvant en la puissance de son père ou de son tuteur ne peut traiter ; même pendant longtemps on ne lui demanda point son consentement.

L'usage s'introduisit de faire avant le mariage un contrat réglant les conditions du mariage, la somme à verser par le futur et probablement aussi les droits de la femme dans la masse au cas de prédécès du mari. L'effet du paiement à effectuer par le

(76) D'Olivecrona : *op. cit.* p. 250, ss.

mari était de lui procurer le *mundium* sur sa femme : la somme appartenait d'abord au *giftoman*, c'est-à-dire à l'individu, père ou agnat, sous la puissance duquel se trouvait la future épouse ; elle ne devint la propriété de la femme que le jour où on demanda à celle-ci son consentement au mariage.

Peu à peu la mention du prix nuptial (*pretium nuptiale*, *witteman*, *mundr*), disparut. On ne trouve plus alors qu'une dot, *dos*, donnée par le mari à sa femme qui l'acquiert en toute propriété et peut la transmettre à ses héritiers, au moins d'après l'opinion la plus accréditée (77). C'est à cette dot que Tacite fait allusion, quand il dit que chez les Germains ce n'est pas la femme qui apporte une dot à son mari, mais bien le mari qui dote sa femme.

C'est là qu'il faut chercher l'origine de notre douaire. Les coutumes germaniques firent peu à peu de sa constitution une condition essentielle du mariage légitime et fixèrent même un douaire légal au cas où la convention matrimoniale serait muette sur ce point.

A côté de cette dot, on trouve chez tous les peuples barbares la *Morgengabe* ou don du lendemain des noces (*pretium virginitalis*) qui en France s'est vite confondu avec le douaire. Mais ce n'était pour la femme qu'un gain de survie, qui au cas de prédécès de celle-ci faisait retour au mari ou à ses héritiers.

Les parents de la femme pouvaient lui faire certaines donations lors de son mariage. Les biens ainsi donnés à la femme restaient sa propriété exclusive : c'étaient le plus souvent les objets mobiliers et ustensiles nécessaires à l'entretien du ménage ou à l'usage particulier de la femme.

Le fait de la cohabitation, et ce fait seul donnait naissance aux effets légaux du mariage, *mundium* du mari, droit de la femme

(77) Voir sur ce point et les suivants M. d'Olivecrona, op. cit. page 265, note 1, page 266 et ss.

à la *dos* et à la *Morgenga'he*. Sans doute, les deux patrimoines restent distincts, mais le mari a seul l'administration et l'usufruit de tous les biens sans que sa femme puisse rien prétendre aux bénéfices réalisés par lui. De bonne heure cependant, on crut équitable de donner à la femme une part des acquêts qu'elle a contribué à acquérir par son travail, et où figurent pour une certaine part les revenus de ses biens personnels. Cet usage passa des conventions particulières dans le droit commun. On en trouve des traces évidentes dans les lois des Ripuaires, des Saxons, des Westphaliens, dans les formules de Marculfe. Ces divers textes ne diffèrent que par la part assignée à la femme : les uns la fixent aux tiers, les autres à la moitié des acquêts. La loi des Visigoths indique nettement la cause et le but de cet usage en attribuant à *chaque* époux dans les acquêts et profits une part proportionnée à la valeur des biens par lui apportés en ménage.

M. d'Olivecrona voit dans cette institution l'origine évidente de la communauté (78). Il en conclut aussi que la communauté est un régime d'origine essentiellement germanique et le démontre, selon nous, victorieusement contre d'éminents auteurs qui, comme MM. Pardessus et Laboulaye, peut-être même M. Laferrière, assignent à la communauté une origine gauloise ou féodale, ou ne voient dans les lois barbares que nous venons de citer qu'un gain de viduité ou de survie accordée à la femme au cas de prédécès de son mari. M. d'Olivecrona peut d'ailleurs s'appuyer sur la grande majorité des auteurs qui s'est franchement ralliée à son opinion.

Nous allons, sous la conduite de cet excellent guide, étudier le développement de la communauté dans les pays scandinaves qu'on peut diviser en deux groupes comprenant, l'un l'Islande, le Danemark et la Norvège ; l'autre, la Suède seulement. Nous donnerons enfin l'exposé du droit actuellement en vigueur dans ces divers pays.

(78) D'Olivecrona : op. cit. ; pages 273 et 274.

1^{er} Groupe : ISLANDE, DANEMARK, NORWÈGE.

Dans ces trois pays, nous trouvons d'assez bonne heure la communauté comme régime légal des biens des époux : mais c'est surtout en Danemark, s'il faut en croire M. d'Olivecrona, que la communauté fut précoce. En Islande et en Norwège, la communauté est l'exception au début : le régime qui apparaît d'abord est le régime sans communauté. La femme garde à titre de propres sa dot ou *mundr*, son augment de dot et toutes les acquisitions qu'elle fait pendant le mariage à titre de donation et de succession. Le mari, en vertu du *mundium*, administre le patrimoine de la femme et en perçoit tous les revenus. Là se bornent ses pouvoirs ; car il ne peut à aucun titre disposer des biens de sa femme. Les traits caractéristiques de ce régime sont d'abord l'attribution au mari de tous les bénéfices et acquêts et le paiement par le mari à sa femme du *mundr*, paiement nécessaire pour que le mariage soit considéré comme légitime.

Peu à peu, l'habitude s'introduit de stipuler pour la femme une part dans les bénéfices de l'union conjugale ; on veut la dédommager de l'usufruit attribué au mari sur les biens de celle-ci. Cette part comprend ou tous les acquêts mobiliers et immobiliers ou les acquêts mobiliers seulement. La quotité de cette partie varie aussi suivant trois types différents : on assigne à la femme la moitié ou le tiers des acquêts ou une part proportionnée à la valeur de ses apports. Jamais toutefois les reprises que la femme exercera en vertu du contrat de mariage ne pourront nuire aux créanciers antérieurs à l'union : ils primeront toujours la femme. De même, la communauté avant le partage devra payer ses créances sans être tenue d'acquitter les dettes que le mari a pu contracter dans son intérêt personnel.

La stipulation de communauté se faisait quelquefois après le mariage, mais le plus souvent avant sa célébration. Une règle commune à la législation des trois pays que nous étudions est

celle qui prescrit aux époux lorsqu'ils veulent mettre quelqu'un de leurs biens-fonds en communauté de demander le consentement de leurs héritiers présomptifs. En ce qui concerne la femme, cette règle n'a rien qui doive nous étonner, étant donné la dépendance dans laquelle elle se trouve vis-à-vis de son *giftoman* ; mais en ce qui touche le mari, nous retrouvons là une trace évidente de l'unité du patrimoine de la famille et du droit de copropriété reconnu à chacun de ses membres sur ce même patrimoine. Outre le consentement des héritiers des deux conjoints, on exigeait que la convention organisant la communauté fût publiée devant l'assemblée du peuple au *thing*. Cette publicité, qui seule donnait force obligatoire au contrat, avait le double avantage de sauvegarder les intérêts des deux familles et de prévenir les tiers contre toute fraude.

L'adoption de la communauté se généralisa à tel point qu'on en vint à la sous-entendre dans les contrats qui ne l'excluaient pas formellement. C'est le système légal dont l'application, restreinte primitivement à certaines hypothèses, s'étendit ensuite à tous les cas où un régime contraire n'était pas adopté. Citons quelques-unes des hypothèses prévues dans le principe : le mariage avait duré un certain temps, sans qu'à l'origine on eût adopté ou rejeté la communauté ; ce délai variait suivant le pays, trois ans en Islande, vingt ans en Norvège. Citons encore le cas où les deux époux s'étant mariés sans fortune ont acquis dans la suite quelques biens et une certaine aisance : ce fut évidemment le premier cas prévu et on dut admettre forcément une communauté universelle, là surtout prévalait l'idée que la fortune acquise était le fruit du travail et de l'économie des deux époux et qu'il eût été injuste de l'attribuer en totalité au mari.

La communauté légale se répartissait comme la communauté conventionnelle par moitié, tiers ou part proportionnée aux apports.

Le régime exceptionnel se trouva dès lors être le régime sans communauté, dans lequel la femme apporte ses biens personnels

soumis à l'usufruit du mari et le mari promet en retour à la femme une certaine somme qui constitue pour elle un simple gain de survie.

Les Codes scandinaves aujourd'hui en vigueur, se bornèrent à confirmer les règles précédemment suivies. Le Code danois, *Danske Lov*, rédigé par les ordres de Christian V en 1683, fut étendu en 1687 sous le nom *Norske Lov* à la Suède alors annexée au Danemark. La même législation fut donnée à l'Islande (79).

Le contrat de mariage a pour but de régler les droits des époux alors seulement que ceux-ci adoptent un régime autre que le régime légal (80). Il faut alors que le contrat intervienne avant le mariage ; sinon, il ne peut nuire aux créanciers non plus qu'aucun arrangement convenu entre les époux postérieurement à la célébration de leur union. Les lois danoise et norvégienne exigent de plus une certaine publicité. En Danemark, le contrat doit être confirmé par les délégués de l'autorité royale et être lu publiquement ; dès lors, il est immuable. En Norvège, on impose aussi aux futurs époux une publicité dont le mode ne nous est pas connu (81).

Le mari traite seul, s'il est majeur ; s'il est mineur, il se fait assister de son père ou de son tuteur. Quant à la femme, elle ne figure point au contrat qui est passé par son père ou son tuteur.

Le régime dotal est inconnu en Norvège et en Danemark. Nous nous trouvons donc en présence des deux régimes suivants : le régime de communauté et le régime exclusif de communauté (82).

A. Le régime de communauté est le régime consacré par les lois

(79) *Revue de Fœlix* : t. III, année 1836, page 2 et ss.

(80) St-Joseph : II, 154.

(81) St-Joseph : II, 154 et III, 14.

(82) Gide : op. cit. page 258.

et par l'usage des époux : rarement ceux-ci prennent la peine de le stipuler par contrat. Il entre en vigueur le jour même de la célébration du mariage. Le mari est seigneur et maître de la communauté : il administre les immeubles et dispose des meubles et valeurs mobilières-(83).

En Norvège, la communauté est universelle et comprend activement tous les biens quelconques présents et futurs des époux et passivement toutes leurs dettes. Nous ne saurions dire s'il en est de même en Danemark faute de documents certains, mais nous avons tout lieu de le penser.

La communauté se dissout comme le mariage lui-même par la mort de l'un des époux ou par le divorce (84) que les lois scandinaves admettent dans une foule de cas. Le partage a lieu par moitié après l'acquittement des dettes de la communauté. La femme danoise se trouve dégagée dès que le partage a eu lieu soit judiciairement devant l'administration des partages, soit à l'amiable avec le concours des créanciers. La femme norvégienne peut se décharger des dettes nées de l'administration du mari en faisant aux créanciers abandon judiciaire de tous les biens de la communauté.

B. Les époux peuvent exclure la communauté pour tout ou partie. Il faut qu'ils s'en expliquent formellement et que leur contrat soit publié avant le mariage. Le mari a l'administration et l'usufruit des biens de la femme, qui ne sera pas tenue des dettes de son conjoint, mais qui ne participera point aux acquêts (85).

(83) En Danemark, une loi du 7 mai 1880 permet à la femme mariée de disposer seule entre vifs, sans le consentement de son mari ni d'aucun autre tuteur, des produits de son industrie personnelle ainsi que des objets acquis pour l'exercice de cette industrie, lorsque cette industrie n'est pas alimentée en majeure partie des deniers du mari ou de la communauté. *Annuaire de législation étrangère*, X, 533.

(84) En cas de divorce, l'époux coupable perd ses gains de survie et se voit enlever une grande partie de ses droits dans la communauté.

(85) A la dissolution du mariage, le mari devra restituer les biens de sa

Sous tous les régimes, si l'administration du mari met en danger la fortune de la femme ou celle du ménage, la femme peut demander la séparation de biens. Les biens de la femme sont alors confiés, soit au tuteur du mari, si celui-ci est mineur, soit à un tuteur nommé en Danemark par les autorités judiciaires et en Norvège par les autorités administratives et le tribunal de tutelle supérieure. Les créanciers des époux ne peuvent pas plus qu'en France demander la séparation de biens. M. de Saint-Joseph semble dire qu'en Norvège les parties peuvent stipuler une séparation de biens contractuelle. Malheureusement, le savant auteur s'arrête là et ne donne aucun renseignement sur ce régime dont nous n'avons trouvé nulle trace dans l'ouvrage de M. d'Olivecrona : il nous est donc impossible de rien dire de précis à ce sujet. Notre doute est d'autant plus excusable que les quelques lignes que M. de Saint-Joseph consacre à ce régime ne peuvent se rapporter qu'à une séparation de biens judiciaire.

2^e Groupe. — SUÈDE.

Nous avons vu les lois norvégiennes consacrer la communauté universelle comme régime des biens entre époux : la Suède, à laquelle nous arrivons maintenant, s'est arrêtée à la communauté réduite aux acquêts. Pourquoi cette différence entre deux nations si rapprochées par leurs origines et leur situation géographique ? C'est qu'en Suède nous trouvons un élément nouveau, contraire aux causes qui ont fait admettre la communauté ; nous voulons parler de la noblesse. La fortune et surtout les terres sont une source incontestable d'influence. Tout tend dès lors à

femme et même tenir compte à celle-ci des économies qu'ils avaient pu produire. Gide, op. cit., p. 250.— On retrouve encore ici l'idée qui a donné naissance au régime de communauté de ne pas dépouiller sans compensation la femme de ses revenus et de la faire participer dans une certaine mesure aux bénéfices réalisés par l'association.

la concentration de la fortune entre les mains de quelques hommes. C'est l'idée qui a présidé à l'organisation du régime successoral en Suède et à l'institution des nombreux retraits que la loi y consacre. Cette idée a aussi exercé une grande action dans la matière du droit matrimonial. On admit la communauté, mais restreinte aux seuls acquêts. C'est la théorie des lois des provinces et des campagnes. La communauté, d'après ces lois, entre en vigueur à partir de la première nuit de cohabitation. Elle comprend : 1° les meubles, en y faisant rentrer les revenus des propres des époux et les meubles présents et futurs ; 2° les immeubles acquis pendant le mariage, mais seulement après sa consommation. Tous les autres biens restent propres aux époux : biens-fonds hérités ou acquis en remplacement de propres aliénés, terres achetées à d'autres membres de la famille ou acquises en vertu d'un droit de retrait ; en un mot, la catégorie des propres est aussi compréhensive que possible. Lors de la dissolution, la femme n'obtient au partage qu'un tiers de la communauté, dit tiers légal. Encore quelques coutumes locales vont-elles jusqu'à réduire la femme à un simple gain de survie.

Les biens domaniaux de la noblesse sont situés à la campagne. Dans les villes, on trouve une population commerçante qui a besoin de crédit et surtout d'une grande mobilité de crédit. De plus, la fortune consiste pour les habitants des villes en valeurs mobilières bien plus qu'en immeubles. Aussi est-il facile de comprendre comment le droit des villes, le *Stadslagar*, diffère profondément du droit des campagnes, du *Landslagar*.

Le droit des villes, en effet, adopte comme régime de droit commun la communauté universelle. Tenant aussi compte de ce fait que la femme continuera le plus souvent le commerce de son mari, le *Landslagar*, pour lui donner une base d'opération plus solide, lui attribue généralement la moitié de la communauté.

Tel est l'état du droit suédois ancien tel qu'il ressort de ses vieilles coutumes. Les arrêts des tribunaux suédois le dévelop-

pèrent largement et le Code de Frédéric rédigé en 1734 ne put qu'opérer une combinaison savante entre les législations des villes et celles des campagnes, sans cependant les fondre complètement et établir l'unité absolue de droit en Suède.

Le contrat de mariage a un caractère tout à fait exceptionnel : « Les pactes ou contrats de mariage, nous dit M. d'Olivecrona (86), sont assez rares en Suède ; nos mœurs y répugnent plus ou moins, et le peuple préfère se contenter de la communauté légale des biens attribuant une part égale à chacun. » Le contrat ne saurait donc avoir pour but que de modifier le régime légal. Il ne saurait être valable et opposable aux tiers que s'il a été rédigé par écrit avant la célébration du mariage devant deux témoins irréprochables et s'il a été inscrit sur les registres du tribunal de la situation.

Le contrat est rédigé par le mari et la femme seuls, si cette dernière est veuve. Jusqu'en 1872, les filles ne pouvaient jamais prendre part à la rédaction du contrat, fussent-elles majeures de vingt-cinq ans. C'étaient leurs parents, ou en l'absence de parents, c'était le *giftoman* ou tuteur qui les donnaient en mariage et fixaient du même coup les droits de la future épouse dans les biens communs. Une loi du 8 novembre 1872, étendue par ordonnance du 17 mars 1882 aux filles nobles, est venue changer cet état de choses (87). Dès lors, la fille majeure de vingt-cinq ans peut se marier seule sans avoir aucune autorisation à demander et peut seule aussi faire toutes les conventions et stipulations relatives à son mariage. C'est là une innovation profonde apportée dans les traditions juridiques du peuple suédois, et il est

(86) D'Olivecrona : *Travaux législatifs les plus importants exécutés en Suède dans la période décennale 1870-1879*. *Revue de Gand* ; XV, pages 53 à 55.

(87) Voir cette loi dans l'*Annuaire de législation comparée*, t. II, page 488.

probable qu'un long temps s'écoulera avant que cette disposition législative entre définitivement dans les mœurs (88).

La communauté entre en vigueur lors de la célébration du mariage. Sa composition au point de vue tant de l'actif que du passif est à peu près ce qu'elle était avant la rédaction du Code de 1734. Elle comprend tous les biens meubles présents et futurs des époux, les terres acquises pendant le mariage, fût-ce même à titre de retrait s'il n'y a dans l'acte de rachat une clause l'attribuant à l'époux retrayant. A ces biens il faut ajouter pour les habitants des villes les maisons et biens-fonds situés dans les villes ou dans leurs banlieues. Restent propres les immeubles reçus à titre de succession ou de donation par l'un des époux, les majorats, les immeubles présents des époux, les biens mobiliers ou immobiliers donnés à la femme sous condition de révocation ou de restitution (89). Comptent au passif de la communauté les dettes relatives à son administration, les dettes se rapportant aux immeubles acquis et à l'entretien des propres dont la communauté a la jouissance.

A partir de la célébration du mariage, le mari possède seul le droit d'administration et de disposition des biens de la communauté. Seul il peut contracter des dettes à sa charge. Quant aux biens de la femme, il les administre, en touche les revenus pour le compte de la communauté et représente la femme en justice pour toutes les actions relatives à ses propres. Jamais il ne pourrait vendre les biens de la femme si celle-ci ne lui a donné son consentement par-devant témoins (90).

Une loi de 1874 a apporté deux exceptions au pouvoir absolu

(88) La loi de 1872, pour être logique, a dû enlever aux père et mère et au *giftoman* le droit de déshériter la fille majeure de vingt-cinq ans qui se marie sans avoir demandé ou obtenu leur consentement.

(89) D'Olivecrona : *Développement de la communauté de biens...* : op. cit. page 422.

(90) Saint-Joseph, III, 507.

et exclusif du mari en autorisant la femme à disposer seule et sans autorisation, 1° de ce qu'elle a pu acquérir elle-même par son travail propre ; 2° de tous les biens meubles et immeubles lui appartenant en vertu d'un contrat de mariage en due forme, qui ont été exceptés de l'administration de son mari, ou des biens qu'elle a reçus par don ou testament avec la condition que ces biens lui appartiendront à titre exclusif, s'il n'a pas été fait de stipulation contraire concernant l'administration (91). Quelques précautions qu'on ait prises pour restreindre dans d'étroites limites le pouvoir concédé à la femme, le droit que lui reconnaît la loi du 11 décembre 1874 n'en est pas moins anormal. M. d'Olivecrona qui nous la fait connaître, la critique vivement. Si l'on remplit les conditions indiquées au 2°, la femme aura une grande latitude ; sinon les droits de la femme sont à peu près nuls ou en bien des cas parfaitement illusoires. « Si le gouvernement, nous
« dit le savant auteur, se décida à sanctionner cette loi, ce fut
« sans doute par la raison qu'il préférerait répondre à des vœux
« dont il lui était possible de tenir compte, plutôt que de devoir
« rejeter plus tard un projet radical à tous égards préconisé par
« les partisans de l'émancipation absolue de la femme et qui
« était en opposition complète avec les principes sur lesquels le
« droit de famille a jusqu'ici reposé en Suède. » Ces considérations ont lieu d'étonner quiconque se rappelle les observations du regretté M. Gide sur le développement de la loi suédoise :
« ... La Scandinavie, elle aussi, entre peu à peu dans le courant
« des idées modernes et on peut déjà prévoir le temps où sa
« législation civile, devenue à peu près semblable à la nôtre,
« aura perdu ce caractère si original qu'elle présente encore
« aujourd'hui. Mais ce temps est sans doute bien loin de nous.

(91) D'Olivecrona : *Revue de Gand* ; XV, pages 54 et 55. Cette rédaction si défectueuse résulte, paraît-il, de la précipitation avec laquelle ce texte fut rédigé par le comité de législation de la Diète, et adopté par les deux Chambres.

« Les réformes ne s'improvisent point chez les Scandinaves, il faut des siècles pour les accomplir (92) ».

Quand le mariage est dissous, la communauté doit aussi se dissoudre, et chaque époux va exercer son *giftoraett* c'est-à-dire son droit sur la masse. En vertu du Code de 1734, dans les campagnes la femme noble et la paysanne ne prenaient qu'une demi-part, c'est-à-dire un tiers de la communauté, tandis que les deux tiers restants étaient attribués au mari. Au contraire, le clergé dans les villes et les campagnes, les bourgeois dans les villes et leurs banlieues procédaient à un partage par parts égales, une moitié étant donnée à chaque époux. Pendant longtemps paraît-il, les chambres suédoises demandèrent qu'on étendît sur ce point le droit des villes aux campagnes. Cette réforme était vivement repoussée comme conduisant à un morcellement nuisible à la noblesse et aux paysans. Enfin une loi du 19 mai 1845 unifia la législation suédoise en imposant dans tous les cas et dans tous les mariages le partage par moitié (93). Les dettes de communauté sont payées d'abord sur les biens qui la composent : il en est de même des dettes contractées conjointement par les époux. Au cas où le patrimoine commun ne suffit pas à les payer, on recourt sur les biens personnels des époux avec cette différence qu'on peut poursuivre le mari pour tout, tandis qu'on ne peut réclamer à la femme que la moitié de la dette. Inversement, toute dette personnelle à l'un des époux est poursuivie sur ses biens propres, puis sur sa part de communauté ; si la communauté avait satisfait le créancier, il y aurait lieu à récompense. Notons enfin, qu'en cas de faillite, la part de l'un des époux dans la masse ne peut être saisie pour payer les dettes particulières de l'autre dès que la séparation de biens a été légalement demandée (94).

(92) Gide : op. cit. page 267.

(93) Notons que l'époux survivant a droit dans la communauté à un préciput d'un vingtième à son choix sur les meubles. St-Joseph, III, 511.

(94) D'Olivecrona : *Développement de la communauté*, page 424.

Tant que le partage n'a pas eu lieu, le veuf ne peut se remarier. Nous ne savons si cette disposition s'étend au cas de divorce.

Outre les cas où le mariage est dissous par la mort ou le divorce, il y a encore lieu à partage quand le juge prononce la séparation de biens principale ou accessoire à une séparation de lit et de table.

Très-rarement les époux voudront se soustraire au régime légal. Ils peuvent cependant stipuler le régime sans communauté avec l'administration et la jouissance du mari sur les biens de la femme ou le régime de séparation de biens, dans lequel l'administration des biens de la femme est enlevée au mari et remise soit à la femme elle-même, soit à un tiers agissant en son nom et nommé par le contrat.

Les lois de Suède et en général les lois scandinaves donnent-elles à la femme des garanties particulières destinées à lui assurer le recouvrement de sa dot et de ses reprises ? Nous avons vainement cherché dans les recueils que nous avons à notre disposition une réponse à cette question : nous ne l'avons trouvée nulle part, ni dans l'ouvrage si complet de M. de St-Joseph, ni dans les études de M. d'Olivecrona. La lacune existe-t-elle dans la loi ou dans les travaux des commentateurs ? Nous ne saurions le dire et nous regrettons vivement de ne pouvoir en terminant cette étude sur les lois scandinaves, fournir des indications certaines sur ce point important.

II. — HOLLANDE

C'est encore le régime de communauté que nous retrouvons adopté en Hollande comme régime légal, et ce fait n'a rien qui doive nous étonner dans un pays aussi profondément germanique que le royaume des Pays-Bas.

La communauté légale est la communauté universelle. Les

contrats de mariage n'interviennent que pour limiter la communauté soit en excluant certains biens individuellement déterminés, soit en la réduisant à une société de gains et de pertes analogue à notre communauté réduite aux acquêts.

Le Code hollandais de 1838, en ce qui touche la question qui nous occupe comme dans la plus grande partie de ses dispositions, ne s'est pas sensiblement écarté de notre loi (95).

I. La majorité de droit commun est fixée à l'âge de vingt-trois ans : toutefois les hommes peuvent se marier à dix-huit ans et les femmes à seize ans. Dans le cas où un époux mineur de vingt-trois ans rédige un contrat de mariage, un texte analogue à celui de notre art. 1398 lui impose l'assistance dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

II. La loi hollandaise prescrit aussi la rédaction du contrat par devant notaire et antérieurement à la célébration du mariage. Dès lors le contrat est immuable et ne peut être modifié sous quelque prétexte que ce soit.

III. La communauté a été connue de très bonne heure en Hollande sous cette forme et est entrée depuis fort longtemps dans les usages et le droit commun du pays (96).

La communauté légale est fort compréhensive. Entrent en communauté tous les biens des époux, meubles et immeubles, présents ou futurs, acquis à titre gratuit ou à titre onéreux. Le passif correspond à l'actif et comprend toutes les dettes présentes et futures des époux quelles qu'en soient la cause et la nature.

Le mari administre les biens communs en toute liberté : il peut les vendre, les aliéner, les hypothéquer sans le concours de sa femme ; mais il ne saurait seul en disposer à titre gratuit. La femme ne peut de son côté engager la communauté qu'au cas

(95) St-Joseph, II, 354 et ss.

(96) D'Olivecrona : *Développement de la communauté*, page 296.

où le mari est absent ou dans l'impossibilité absolue d'agir ; il faut en outre qu'il y ait urgence.

Le mariage se dissolvant par la mort, le divorce, la séparation de corps et la séparation de biens, la communauté cesse en ces hypothèses, s'il a été fait un inventaire et s'il a été procédé au partage. Sinon, la communauté continue entre le conjoint survivant et les enfants issus du mariage. Le partage se fait par moitié. La femme peut toujours renoncer, alors même que par son contrat de mariage elle se serait enlevé formellement cette faculté : la loi se refuse à valider une pareille clause.

Si les époux ont stipulé la réduction de la communauté aux acquêts, ceux-ci seulement deviennent communs : les immeubles présents des époux, les immeubles acquis durant le mariage à titre de don ou de succession ne tombent en communauté que pour la jouissance.

Sous tous les régimes, si le mari dissipe les biens de la communauté ou compromet les reprises de la femme, celle-ci peut demander la séparation de biens.

La loi hollandaise a supprimé l'hypothèque légale de la femme mariée (97). Mais il est parfaitement loisible à cette dernière de stipuler une hypothèque conventionnelle dans son contrat de mariage pour assurer le recouvrement de ses droits et de ses reprises ; et pour en assurer l'efficacité elle peut la faire inscrire seule et sans le consentement de son mari (98).

Telles sont les grandes lignes de la loi hollandaise en ce qui touche notre matière. Nous ne saurions insister davantage. Nous occupant des législations germaniques, nous devrions parler ici du droit anglo-américain, dont les sources sont assurément germaniques ; mais ce droit, sous l'influence de diverses cir-

(97) Laurent : *Droit civil international*, t. VII, § 394.

(98) St-Joseph, II, 391.

constances, s'est tellement éloigné de son antique origine et notamment du principe profondément germanique de la communauté, que nous croyons devoir faire de son étude l'objet d'un chapitre spécial, que nous placerons à la fin de nos recherches sur le droit comparé.

CHAPITRE III

Pays où l'élément romain et l'élément germanique se sont fusionnés.

I. — ALLEMAGNE.

L'étude du contrat de mariage est plus difficile en Allemagne qu'en tout autre pays à cause de la multiplicité des régimes adoptés et du grand nombre de modifications que tel ou tel pays apporte aux règles qui le constituent généralement. Ce n'est pas seulement d'Etat à Etat que le droit varie, c'est de province à province, de ville à ville, de village à village, le droit n'est pas le même pour la campagne que pour la ville, pour les nobles que pour les bourgeois ou pour les paysans. Le droit écrit de l'Etat sur tel point de son territoire est tenu en échec par des statuts locaux ou même par de simples coutumes. On comprend dès lors la difficulté qu'il y a à poser des principes généraux, des règles d'ensemble, la règle étant pour ainsi dire l'exception.

« C'est un dédale, dit un auteur en parlant du seul duché
« d'Oldembourg, avant qu'une loi du 54 avril 1873 fût venue y
« établir un système défini et précis : sur un territoire de 57 lieues
« carrées (244,000 hab.), il constate qu'à côté de statuts locaux
« établissant dans des districts déterminés jusqu'à quatre et
« même cinq régimes divers, le reste du pays, plus de la moitié,
« avait pour toute législation en cette matière une antique for-

« mule, au sens mal défini (Laengst Leib laengst Gut), dont « l'interprétation variait de localité à localité (99) ».

On peut néanmoins ramener à trois types principaux les régimes matrimoniaux usités en Allemagne. Ce sont : le régime (99) que nous pouvons appeler d'un nom français le régime sans communauté, le régime de communauté et enfin le régime dotal.

Pour le régime dotal, point n'est besoin d'entrer dans de grands développements sur son origine et son histoire. Il est venu directement de Rome et a pris racine en Allemagne du XV^e au XVI^e siècle.

Les deux autres régimes sont d'origine essentiellement barbare et germanique. Nous avons déjà expliqué comment dans la famille germanique le mari et la femme se trouvaient sur un pied d'égalité presque complète. Toutefois, si les deux fortunes restaient distinctes, si la femme gardait sur ses biens personnels son droit de propriété, le mari en vertu du *mundium* devenait le tuteur de sa femme et l'administrateur de ses biens dont il usait pour les besoins du ménage. Les biens des deux époux ne forment qu'une seule masse au point de vue de l'administration et de la jouissance dont le mari se trouvait investi. Les pouvoirs du mari étaient excessivement larges ; c'est ainsi que, dans le principe, il pouvait disposer non seulement des revenus des biens de la femme mais aussi du capital, suivant les besoins du ménage dont il était le seul et souverain juge. Ce n'est que plus tard qu'on donna à la femme le droit de réclamer une indemnité pour ceux de ces biens qui ne se retrouvaient plus en nature lors de la dissolution du mariage, et cela en vertu de la vieille maxime : *Weibergut soll nicht schwinden noch wachsen*. Le mari doit dès lors restituer à la femme tout son apport. On alla

(99) Bufnoir : *Etude sur la question des régimes matrimoniaux en Allemagne. Bulletin de la Société de législation comparée* : année 1876, page 163 et ss.

même plus loin, et on obligea le mari à se pourvoir du consentement de la femme pour procéder à l'aliénation des immeubles de celle-ci. Telles sont encore les règles principales du régime que les Allemands appellent *Gütervereinigung*, *Güterverbindung* ou *Gutereinheit*, toutes expressions indiquant bien cette concentration, cette réunion des deux patrimoines dans les mains du mari.

Sans le régime dont nous venons de parler, la femme n'a aucun droit aux acquisitions et aux bénéfices réalisés par le mari. Il n'en est pas de même sous le régime de communauté qui occupe une très grande place, si ce n'est pas la plus importante, dans le droit allemand. Fondé lui aussi sur l'égalité des époux dans le mariage, il met entre les mains du mari l'administration des biens avec un pouvoir plus large encore que sous le régime précédent, et de plus, il associe sa femme à sa bonne comme à sa mauvaise fortune, à ses profits comme à ses pertes ; souvent même il va plus loin et remet au chef de famille, non-seulement l'administration, mais encore la propriété des biens de la femme. Une opinion fait voir à quelques-uns dans ce régime, une simple modification de la *Güterverbindung* causée par le désir d'augmenter le crédit du mari en augmentant le gage des créanciers (100).

Une autre doctrine plus juste, croyons-nous, dit que ces deux régimes sont absolument indépendants. La généralité de la *Güterverbindung*, l'existence d'un droit unique pour toute l'Allemagne dans les temps anciens semblent des hypothèses bien contestables à qui connaît la diversité des coutumes barbares. Sans citer le Miroir de Saxe pour lequel la question est controversée, rappelons simplement que les lois des Ripuaires, des Westphaliens et des Visigoths et les *Formules* de Marculfe parlent de la participation de la femme aux acquêts réalisés par

(100) E Lehr : *Éléments de droit germanique*, §§ 279 et 280.

le mari (101). Dans l'Allemagne du Sud, en Bavière, par exemple, on trouvait un autre régime dit de main conjointe (*Gesammte Hand*), d'après lequel tous les biens étaient réunis en une seule masse, mais ne pouvaient être aliénés que du consentement des deux époux, qu'ils vinssent du mari ou de la femme. A la dissolution du mariage, la masse est attribuée en entier au survivant en propriété, s'il n'y a pas d'enfants ; pour l'administration et la jouissance seulement, s'il y avait une postérité. De là, on en serait venu au partage entre le conjoint survivant et les enfants. Ce serait là, nous dit M. Bufnoir, à qui nous empruntons la plupart de ces détails, l'origine de la communauté en Bavière et en Souabe (102).

Après ces quelques données historiques, il nous faut entrer dans la partie dogmatique de notre étude.

I. Les règles relatives à la forme du contrat de mariage, sont fort difficiles à déterminer à cause de la multiplicité des lois et des statuts. Là où le Code Napoléon est en vigueur, comme en Alsace-Lorraine, dans le grand-duché de Bade, dans une partie de la Prusse rhénane, on suit les règles prescrites par nos articles 1387 et suivants. Notons toutefois qu'à l'inverse du Code français, le droit allemand permet aux époux de stipuler que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux (103) ; la force des choses explique cette différence entre les deux législations. Disons d'autre part que l'authenticité ne résulte pas seulement de l'intervention d'un notaire ; le juge peut aussi donner cette qualité à l'acte en intervenant lors de sa rédaction (Landrecht (104), pr. II, 1, art. 82, 209).

(101) Bufnoir : op. cit., page 171. — D'Olivecrona : op. cit., pages 278 et 279.

(102) Bufnoir, op. cit., page 172.

(103) Wheaton et Lawrence : op. cit., page 455.

(104) Le texte relatif aux régimes matrimoniaux comprend les 5^e et 6^e sections du premier titre de la seconde partie du Landrecht que nous indiquerons ainsi : L. R. II, 1, et le numéro de l'article sans mentionner la section.

Qu'en est-il des autres parties du territoire de l'empire d'Allemagne ? Prenons par exemple le Landrecht Prussien. Le régime le plus généralement adopté dans la Prusse proprement dite est l'union de biens. Cependant dans plusieurs provinces, comme en Westphalie et dans le duché de Posen, on suit le régime de communauté. Cela étant connu, le Landrecht distingue : Dans les lieux où la communauté n'existe pas, un contrat de mariage adoptant ce régime doit être rédigé avant le mariage ; dans l'hypothèse inverse, le contrat est fait indifféremment avant ou après le mariage (L. R. II, 1, 354. — Rescrit du 4 février 1834). Cette dernière solution est la plus généralement répandue et l'on suit une règle contraire à celle que formule l'art. 1394 du Code civil français. La loi n'exige qu'une chose, c'est la rédaction d'un acte authentique afin que les tiers puissent se renseigner sur le régime adopté par les époux (105).

Le contrat, une fois rédigé, est-il immuable ? Dans le royaume de Saxe, les conventions matrimoniales qui ont la forme d'un contrat sont irrévocables ; si, au contraire, elles affectent la forme d'actes de dernière volonté, elles sont toujours révocables (106). Généralement la révocabilité est admise soit par acte formel, soit par une sorte de présomption de volonté. Ainsi les époux transportent leur domicile d'un lieu où la communauté de biens n'existe pas, en un autre lieu où elle existe : dans leurs rapports avec les tiers, ils sont censés soumis à ce régime et même entre eux, quoique l'ayant formellement exclu par contrat de mariage, ils peuvent la rétablir purement et simplement (L. R. II, 1, 352). Nous ne voulons pas insister davantage sur les formes du contrat. Tout est pour ainsi dire laissé à l'arbitraire des

(105) Mais si la communauté non seulement est connue, mais encore constitue le régime statuaire du pays, les époux qui veulent l'écarter doivent s'en expliquer par contrat rédigé avant le mariage (L. R. II, 1, 412, 413-415),

(106) St-Joseph, III, 419.

parties, et, malgré les précautions que prend la loi, les tiers doivent être bien souvent victimes de l'instabilité des conventions matrimoniales.

II. L'âge légal pour contracter mariage, est fixé à vingt ans révolus pour le sexe masculin, et pour le sexe féminin, à seize ans révolus. Cela résulte de l'art. 28 de la loi de l'Empire d'Allemagne, du 6 février 1875, sur la sécularisation de l'état civil (107). L'art. 29 de cette loi oblige les hommes jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans et les femmes jusqu'à vingt-quatre à obtenir le consentement de leur père. D'autre part, une loi du 17 février 1875 (108), a fixé à vingt ans la majorité de droit commun pour tous les habitants de l'Empire. Quelle est la capacité des mineurs de vingt et un ans ? Dans les pays de droit français, l'art. 1398 de notre Code trouve son application. Dans les autres pays de l'empire, le mineur sera le plus souvent assisté et autorisé de son père, de sa mère ou de son tuteur (L. R. II, 2, 201). En Prusse la loi va plus loin et impose à tout âge à la femme l'assistance de son père ou d'un conseil, si le contrat stipule l'adoption du régime de communauté (L. R. II, 1, 357 et 358).

Nous ne saurions, faute de documents, donner des indications plus précises sur les formes et la capacité requises en matière de contrat de mariage. Nous allons étudier maintenant les règles principales des divers régimes matrimoniaux qui se partagent l'Allemagne.

A. *Régime de l'Union de biens*. C'est le régime que l'Etat le plus considérable de l'Empire d'Allemagne, la Prusse, reconnaît comme régime légal et règle avec un soin minutieux. L'idée générale de ce régime est la suivante : attribution au mari de la jouissance et de l'administration des biens de la femme dont celle-ci garde la pleine propriété, exclusion de la femme de tous

(107) *Annuaire de législ. comp.*, année 1876, page 215 et ss.

(108) *Annuaire de législ. comp.* 1876, p. 260 et s.

gains et acquêts, sauf les revenus des biens qui lui sont réservés par la loi ou le contrat de mariage.

Quand la fille va se marier, elle reçoit ordinairement de sa famille une dot dite *Mitgift* dont elle conserve toujours la propriété. Tous ses biens sont livrés à l'administration du mari, sauf les objets mobiliers propres à l'usage de la femme ou à celui du ménage : pour ces biens, la femme en conserve la propriété pleine et entière ainsi que la jouissance ; leur ensemble constitue ce que les jurisconsultes allemands appelaient autrefois *Gerade*, ce qu'ils nomment aujourd'hui *Austeu*. La fortune proprement dite de la femme, celle qui doit subvenir plus spécialement à l'entretien du ménage est dite *Heiratsgut* ou bien encore *Ehsteu* ; c'est cette partie sur laquelle le mari a des droits d'administration et de jouissance dont nous allons étudier la mesure (109).

Le mari est, par le fait du mariage, le tuteur de sa femme et le chef du ménage qu'il dirige à son gré. Il gère les immeubles, touche les revenus, passe les baux et suit les actions judiciaires. Mais il ne peut en disposer, les aliéner ou les grever d'hypothèques : il faudrait, pour que l'aliénation fût valable, que la femme fût intervenue et eût donné son consentement (110). Il en est autrement des meubles qui font partie de l'apport : le droit de quasi-usufruit du mari l'autorise à les aliéner et à les transformer ; il répond toujours de leur valeur et devra en rendre l'équivalent lors de la dissolution du mariage (L. R. II, 1, 205, 231-233, 247).

Ce droit d'usufruit et d'administration du mari n'est pas limité aux biens apportés par la femme lors de la célébration du mariage ; il s'étend à tout ce que la femme acquiert dans la

(109) Lehr : op. cit. §§ 283 à 286.

(110) Aux immeubles que le mari ne peut aliéner sans le consentement de la femme on assimile les capitaux inscrits soit au nom de la femme, soit au nom de ses auteurs ou donateurs (L. R. II, 1, 233).

suite de quelque façon que ce soit, à moins que dans l'acte juridique qui le lui procure il n'y ait une clause contraire. Ce droit s'étend même aux économies que la femme a réalisées par son travail personnel (L. R., II, 1, 210, 218 et 219).

A la dissolution du mariage, tous les acquêts restent au mari.

Quelle est la situation de la femme ? La femme ne peut évidemment pas disposer de ses apports sans l'autorisation du mari, sinon le droit de ce dernier serait absolument illusoire. Elle ne peut non plus seule contracter des dettes engageant soit elle-même soit son mari (111). Toutefois elle a l'administration intérieure de la maison, ce que les Allemands appellent *Schlüsselgewalt*. Mandataire du mari à cet effet, elle l'oblige dans les limites proportionnées à l'état de sa famille, à sa situation, à sa fortune. Si la femme dépasse cette mesure, le mari a le droit de recourir sur les biens personnels de la femme (L. R., II, 1, 321, 322). Enfin si le mari est absent ou incapable d'agir, la femme peut aliéner les meubles appartenant au ménage et même contracter des dettes sans avoir besoin, comme en France, de demander l'autorisation de la justice.

Nous avons vu que la loi réservait à la femme l'administration et la jouissance de la *Gerade*. La femme peut se réserver d'autres biens par son contrat. Elle se forme alors un patrimoine personnel, dont elle est seule maîtresse, qu'elle peut engager, aliéner, hypothéquer sans autorisation maritale, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. C'est là pour la femme mariée une capacité tout à fait inconnue dans le droit français. On va même plus loin, et l'on permet à la femme d'ester en justice à l'occasion de la fortune réservée, sans demander l'autorisation du mari (L. R., II, 1, 230). Le mari n'a qu'un droit : c'est de faire

(111) Les créanciers de la femme antérieurs à son mariage peuvent exercer leurs poursuites sur son apport et sur sa fortune réservée. Si le mari a été trompé sur l'existence de ce passif, il peut se venger sur les biens personnels de la femme.

enlever à sa femme et confier à un tiers ou à lui-même, l'administration de ses biens réservés, si son administration était mauvaise et dangereuse.

Quelles sont les garanties données à la femme contre la mauvaise administration du mari ? En premier lieu, la femme peut prendre seule et sans autorisation une inscription hypothécaire sur les biens immeubles du mari pour garantir la restitution de son apport, le paiement des indemnités et des récompenses. Si le mari ne possède point d'immeubles, sa femme peut lui demander de fournir une caution, mais seulement lorsque sa dot est en péril. Enfin la femme peut faire enlever au mari l'administration et la jouissance de l'apport, s'il ne pourvoit pas convenablement à l'entretien de la femme et des enfants (L. R., II, 254, 255 et 256). Si le mari est tombé en faillite ou en déconfiture, la femme jouit d'un privilège qui la fait passer avant les créanciers chirographaires du mari pour ses droits et créances, et elle administre seule les biens sauvés du désastre (L. R., II, 1, 262).

Le mariage est dissous par la mort ou le divorce. Le survivant reprend d'abord ses biens personnels. Puis on rend à la femme les objets compris dans la *Gerade*, les présents de noce qu'elle a pu recevoir et qui remplacent en quelque sorte la *Morgengabe*. Autrefois le mari donnait à sa femme un droit d'usufruit viager sur l'un de ses immeubles, droit qui ne devait s'ouvrir qu'en cas de prédécès du mari. C'est de ce droit, appelé *Leibgeding*, que vint le douaire, qui fut tantôt conventionnel, tantôt statutaire. Il y a aussi une institution analogue qu'on appelle la contre-dot ou *Widerlage* que le mari donne à sa femme en reconnaissance des biens qu'elle lui apporte, et que la femme reprend avec sa dot à charge par elle de le rendre aux enfants communs lors de son décès.

Beaucoup de provinces ont pour chaque époux un gain de survie statutaire dont on ne peut définir exactement le montant mais qui constitue une véritable réserve à son profit.

Quant au mari, outre sa fortune personnelle, il reprend tous

les bénéfices réalisés pendant son administration après avoir toutefois rendu à la femme sa dot entière et lui avoir payé les indemnités qu'il pouvait lui devoir, comme, par exemple, le prix d'un de ses meubles aliénés ou la valeur d'un immeuble acquis au mari avec les deniers dotaux.

Tel est le régime adopté par le Landrecht Prussien, les pays qui suivent la législation du Miroir de Saxe, le duché d'Oldenbourg et le royaume de Saxe et pratiqué par une population de 10,531,000 individus, selon M. Bufnoir, et 13,240,000, suivant M. Von Roth (112). Les jurisconsultes qui se sont le plus récemment occupés des régimes matrimoniaux allemands, MM. Schröder et Von Roth, par exemple, l'appellent généralement *Verwaltungsgemeinschaft* (communauté d'administration), terme qui indique plus nettement que les autres, que ce qui fait l'unité des deux fortunes, c'est l'administration maritale qui s'étend sur l'un et l'autre patrimoine.

Tous les auteurs s'accordent à rapprocher ce régime de notre régime sans communauté. Tout ce que nous venons de dire, nous le retrouvons dans les art. 1530, 1531, 1532, 1533, 1534, 1535, depuis le droit d'administration du mari sur les immeubles de la femme, son quasi-usufruit sur les meubles de celle-ci, jusques et y compris le droit pour la femme de se réserver une partie de sa fortune et de ses revenus. Nous n'aurions pas insisté sur ce point, si un savant auteur bien connu par ses travaux sur les droits germaniques, espagnol et russe n'avait porté sur le régime de la *Verwaltungsgemeinschaft* un jugement qui nous semble étrange. M. Lehr nous dit à la page 332 de ses *Eléments de droit germanique* : « Ce système (l'union de biens), qui n'est
« pas sans quelques affinités avec celui que nous appelons en
« France la communauté réduite aux acquêts, porte en Alle-

(112) Bufnoir : op. cit., page 169. — Von Roth : *Das deutsche eheliche Güterrecht*. Voir la Revue allemande : *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, I, page 94.

» magne les noms de *æuszere* ou *formelle Gütergemeins-*
« *chaft Vormundschaft, Gütervereinigung*, etc.... » Nous ne
savons en vérité comment M. Lehr a pu arriver à établir cette
analogie, ces affinités entre deux systèmes absolument diffé-
rents ! Est-ce ce mot *formelle* qui l'a trompé ? Le terme *æuszere*
devait le tirer de son erreur en lui montrant qu'il ne s'agissait
que d'une question de forme, d'apparence extérieure. Il nous dit
lui-même : « Le système en vertu duquel les biens des époux
« *restent distincts quant au mari et à la femme, mais forment*
« *une masse unique vis-à-vis des tiers...* » C'est le meilleur
commentaire à faire de la formule que nous avons donnée. Plus
loin, pages 341 et 342, il constate avec regret que dans les pays
où ce régime est en vigueur, on attribue tous les acquêts au
mari : ce système lui paraît injuste, les acquêts étant le produit
des revenus et du travail des deux époux. Voilà une communauté
réduite aux acquêts où on ne partage pas les acquêts ! L'auteur
ajoute : « Dans le système de la communauté réduite aux acquêts,
« qui, bien qu'appartenant à un autre groupe que la *Güter-*
« *verbindung*, a cependant avec elle de nombreuses analogies, la
« femme ou ses héritiers ont droit, au moment de la dissolution
« de la communauté, ont droit à la moitié des acquêts ; c'est même
« *là l'un des seuls (!) points* sur lesquels ce régime *diffère* du
« système allemand de l'union des biens. » Mais c'est là précisé-
ment la question ! et selon nous, ces quelques lignes, réfutent
M. Lehr mieux que nous ne pourrions jamais le faire. Nous
avons peut-être trop insisté sur une erreur qui du reste, ne vicie
nullement l'exposé que nous fait ce savant jurisconsulte du sys-
tème de l'union de biens. Ce sont ses recherches, ses travaux
auxquels nous avons fait tant d'emprunts avoués ou inconscients
qui nous ont mis à même de lui adresser ces critiques.

B. *Communauté de biens.* — La communauté de biens, en
comprenant sous ce nom toutes les divisions et subdivisions de
ce régime, est très-répandue en Allemagne ; on peut même dire
que c'est le régime légal de la plus grande partie de l'Empire.

Elle embrasse la moitié orientale du royaume de Prusse, la Poméranie, la Westphalie, une partie des principautés du centre de l'Allemagne, les provinces rhénanes, l'Alsace-Lorraine, le grand-duché de Bade, la Bavière et le Wurtemberg et régit une population de 25 millions d'âmes. Mais la communauté est loin d'être restreinte à une forme unique ; elle présente au contraire les aspects les plus variés, les règles les plus différentes, qu'il s'agisse de fixer le moment où elle commence et celui où elle finit, sa composition et sa liquidation, les personnes soumises à son empire et celles qui au contraire y échappent. Pour plus de clarté, nous procéderons par voie de classification.

On distingue d'abord la communauté universelle plus généralement suivie dans le Centre et dans l'Ouest et la communauté à titre particulier pratiquée de préférence dans le Midi et l'Est de l'Allemagne, et se divisant elle-même en un nombre infini de rameaux et de subdivisions.

C'est surtout sur deux points que la communauté diffère de l'union de biens. En premier lieu, les droits du mari ne sont plus limités à l'administration seulement de la masse, mais il acquiert en outre un droit de propriété sur tout ou partie des biens apportés par la femme. En second lieu, le patrimoine de la femme n'est plus fixé d'une manière immuable : elle acquiert des droits de copropriété sur les biens du mari et sur les bénéfices réalisés par lui dans le cours de sa gestion. L'union intime résultant du mariage, ne s'étend pas seulement aux personnes, elle agit aussi sur les biens. Les jurisconsultes allemands, comme les jurisconsultes français, ont longtemps discuté la question de savoir quelle est la nature du droit des époux sur les biens composant la masse : l'opinion qui a généralement prévalu est celle d'après laquelle la communauté repose sur l'idée d'une association des époux avec propriété collective de tout ou partie de leurs biens (113).

(113) Lehr: op. cit., § 307.

Il est quelques observations générales applicables à toute communauté, qu'elle soit à titre universel ou à titre particulier.

On se tromperait singulièrement en croyant que la communauté allemande commence toujours avec le mariage. Ce résultat se produit souvent ; mais bien souvent aussi les lois ou statuts locaux en décident autrement. Ainsi, d'après le *Landrecht* prussien, elle peut commencer le jour même du mariage (L. R., II, 1, 361) ; mais, si le contrat l'établissant n'intervient que postérieurement à la célébration du mariage, la communauté ne commence qu'au jour du contrat (L. R., id. 362). Même solution quand, par suite de changement de domicile, il y a adoption tacite du régime de communauté, si celui-ci forme régime légal au lieu du nouveau domicile. D'après certaines coutumes, elle ne commence que l'an et jour après le mariage, comme cela se passait dans notre ancien droit ; d'après d'autres, c'était seulement après la naissance du premier enfant. Cette dernière solution était donnée par les lois de Lübeck et appelée pour ce motif droit de Lübeck. Le 10 février 1862, la ville libre de Lübeck a abandonné le régime de la communauté pour adopter le *Verwaltungsgemeinschaft* (114).

Les causes d'extinction sont les mêmes pour toutes les sortes de communautés. Nous trouvons la mort de l'un des époux, et encore quelques coutumes permettent-elles au survivant de continuer la communauté avec les enfants et de n'opérer le partage que beaucoup plus tard. Un autre événement, qui met fin à la communauté, c'est le divorce ; la séparation de corps étant en Allemagne essentiellement temporaire ne saurait motiver une liquidation de la masse. Puis vient la séparation de biens judiciaire qui doit être portée à la connaissance des tiers par divers modes légaux de publicité : cette séparation a lieu quand l'un des deux époux tombe en déconfiture (L. R. II, 1, 421) ; elle peut

(114) V. Roth : op. cit., page 93. — Bufnoir : op. cit., page 172, note 1.

aussi être prononcée quand l'un des époux apporte dans la communauté plus de dettes que de biens (L. R. II, 1, 392).

Nous avons déjà mentionné le changement de régime matrimonial par suite d'un changement de résidence, théorie admise par de nombreuses lois. Le Landrecht prussien disait dans son article 351 qu'en principe, le changement de domicile n'avait aucune influence sur la situation respective des époux quant à leurs biens ; son article 352 ajoutait cependant que, s'ils allaient en un pays où la communauté existait, ils étaient époux communs pour les biens (115). Un rescrit du 14 février 1734 (116) a décidé qu'en cette dernière hypothèse, ils pourraient adopter la communauté par un contrat subséquent, alors même qu'ils l'auraient formellement repoussée par leur contrat de mariage.

Que la communauté soit ou non universelle, la femme a en Allemagne, comme dans tous les pays où ce régime est pratiqué, le droit d'y renoncer et de se décharger ainsi de toute contribution ultérieure aux dettes qui la grèvent. Cette prérogative accordée à la femme sous le nom de *Abdicationsrecht*, la femme doit l'exercer dans les délais et avec les formalités déterminés par la loi.

1° *Communauté universelle*. — Ce type de communauté est le plus répandu, et son empire égale à lui seul celui de la *Verwaltungsgemeinschaft*. Dans la Prusse proprement dite, il régit l'Ouest et le Nord pour revenir dans les provinces du Rhin et de la Westphalie, il occupe une partie considérable du Hanôvre, de la Bavière et du Brandebourg. N'oublions pas les villes hanséatiques telles que Hambourg et Brème, qui furent pour ainsi dire son berceau. En quelques pays, notamment dans les provinces orientales de la Prusse, la communauté universelle n'est pas admise pour la noblesse (117).

(115) Schceffner : *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, § 115.

(116) Saint-Joseph : op. cit. III. 246.

(117) V. Roth, op. cit., page 80.

L'actif comprend toute la fortune présente et future, mobilière et immobilière des époux. Tel est le principe ; mais rien n'empêche que par contrat de mariage, l'un des époux se réserve quelques biens personnels (118), ou que des biens-fonds ou des capitaux ne lui soient donnés par donation entre vifs ou par testament avec une clause formelle les excluant de la communauté (119). Enfin, les époux ne sauraient mettre en communauté, du moins quant à la propriété, les droits qui ont caractère absolument personnel, qui sont inhérents à la personne sur la tête de laquelle ils reposent, comme les droits de majorat. D'autre part, le passif comprend toutes les dettes des époux antérieures au mariage et les dettes contractées pendant le mariage, soit par la femme dans la mesure des besoins intérieurs du ménage, soit par le mari.

C'est le mari qui gère et administre la communauté ; mais ses pouvoirs changent avec les provinces : ici ils sont très-larges, là ils subissent des restrictions singulières. En certains pays, il est maître et seigneur de la communauté et peut en disposer à son gré même par voie de libéralités et de donations sans que la femme puisse s'y opposer efficacement. D'autres statuts exigent au contraire que le mari prenne le consentement de la femme pour toute aliénation ou constitution d'une charge quelconque relative à un immeuble commun (L. R. II, 1, 378) ou pour tout acte de disposition relatif aux capitaux inscrits au nom des deux époux (L. R. II, 1, 379). Le droit d'administrer entraîne aussi le droit de grever la communauté de dettes. Le plus souvent ce pouvoir est absolu (L. R. II, 1, 380) ; mais en quelques coutumes, à Nuremberg notamment, le concours de la femme est néces-

(118) Les vêtements et objets de toilette n'entrent pas en communauté (L. R. II, 1, 364).

(119) Les créances sont inscrites au nom de la femme ou de ses auteurs et donateurs, et les immeubles sont portés sur les registres fonciers au nom de la femme.

saire pour que l'engagement souscrit par le mari soit opposable à la communauté.

Quant à la femme, elle est et demeure incapable de contracter et d'engager la communauté si ce n'est pour l'administration intérieure du ménage.

Nous n'avons pas à revenir sur les causes de dissolution de la communauté : nous nous bornerons donc à dire quelques mots sur les divers modes de partage après décès qui ont cours en Allemagne. En ce qui touche la communauté universelle, le partage par moitié est loin d'être la règle : il constitue même une exception assez rare. S'il n'y a pas d'enfants, le conjoint survivant reçoit bien plus que la moitié, souvent même toute la communauté, en vertu de la maxime : *laengst Leib, laengst Gut*.. Dans ce dernier cas, il est véritablement héritier du défunt. Lorsqu'il y a vraiment partage, quelle qu'en soit la mesure, la survivant fait le plus souvent certains prélèvements légaux, vêtements et meubles à son usage personnel, gain de survie et préciputs, biens réservés.

L'attribution de la communauté tout entière au survivant, peut se présenter alors même qu'il y a des enfants ; mais le droit de ceux-ci n'est pas absolument sacrifié et l'attribution de la masse au conjoint survivant a lieu surtout quant à l'administration et à la jouissance, le fond devant revenir plus tard aux enfants et descendants (120). Plus souvent, quand il y a une postérité, on attribue à celle-ci des droits plus ou moins considérables dans la masse un quart, un tiers, une moitié, le reste étant donné au veuf ou à la veuve. Quelquefois le partage a lieu immédiatement ; mais dans la grande majorité des coutumes, la communauté continue entre le conjoint survivant et les enfants. Le père ou la mère a généralement le droit de faire cesser la communauté lorsqu'il lui plaît. Tant que la communauté continue, les biens de la masse servent à l'entretien de la famille et à l'éta-

(120) Bufnoir : op. cit., page 172. — Lehr : op. cit. § 314.

blissement des enfants ; et c'est même par des apporportionnements successifs que s'opère ordinairement la liquidation de la masse commune. Il est impossible de donner une énumération complète des divers modes de partage indiqués par les lois allemandes ; ils sont infiniment variés. De plus, notre matière serait encore compliquée par l'énumération des droits de succession, des gains de survie que la loi locale accorde au conjoint survivant. On comprendra donc que nous nous arrêtons ici. Ajoutons seulement qu'au cas de divorce, chaque époux reprend ses apports et la moitié des acquêts (L. R. II, 1, 755), sauf les peines pécuniaires et les déchéances, dont la loi frappe en certaines hypothèses le conjoint coupable.

2° *Communauté réduite*. — Les parties peuvent modifier la composition de la communauté, les lois les y autorisent et leur présentent même souvent des types de communauté différents de celui que nous venons d'étudier. Notre art. 1497 donne une idée des stipulations possibles en pareille matière ; nous ne nous arrêterons que sur deux sortes de communauté réduite : la communauté réduite aux meubles et aux acquêts et la communauté limitée aux acquêts.

La *communauté de meubles et d'acquêts*, qui est notre régime légal, forme le régime statutaire des pays voisins de la France : l'Alsace-Lorraine, la Bavière et la Hesse rhénanes, la province du Rhin et le pays de Bade. Ce qui la différencie du régime précédent, c'est qu'il y a non plus un seul patrimoine, mais pour ainsi dire trois patrimoines distincts : 1° la fortune immobilière de la femme ; 2° la fortune immobilière du mari ; 3° enfin les biens meubles et immeubles de la communauté. La masse entière est soumise à l'administration du mari avec cette restriction toutefois que les pouvoirs du mari sont évidemment moins grands vis-à-vis des biens de la femme que vis-à-vis des biens communs. Il est responsable de son administration à l'égard de la femme.

Les règles qui régissent la communauté de meubles sont à peu

près les mêmes que celles qu'édicte le droit français quant à la faculté donnée au mari d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles de la communauté et quant à la défense qui lui est faite de donner les immeubles ou les universalités de meubles, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs (121).

Si l'actif est limité aux meubles présents et aux acquêts mobiliers ou immobiliers, le passif se trouve réduit dans les mêmes proportions et restreint aux dettes mobilières.

Lors de l'entrée en communauté, il doit être dressé un inventaire avec estimation des biens des deux époux, et, faute de mention contraire portée à l'inventaire, tout bien est présumé acquêt (L. R. II, 1, 397-404). On laisse aussi en dehors de la communauté, toutes les successions et les legs échus aux époux pendant le mariage.

En ce qui touche la dissolution et le partage de la communauté, nous n'avons guère qu'à renvoyer à ce que nous avons dit à propos de la communauté universelle dont le nom allemand est *Gemeinschaft der fahrenden Habe* ou *Mobiliargemeinschaft*. Il y a toutefois une des opérations du partage qui prend ici une importance considérable : nous voulons parler du règlement des indemnités que l'un des patrimoines pourra devoir à l'autre. La femme et le mari ne pouvant s'enrichir aux dépens l'un de l'autre ou aux dépens de la communauté, il sera dû de nombreuses récompenses si l'un des époux a payé de ses deniers les dettes de l'autre, ou si le prix d'un immeuble propre a été versé dans la caisse de la communauté (L. R., II, 1, 409).

La communauté d'acquêts appelée *Errungenschaftsgemeinschaft* moins compréhensive que la communauté précédente ne s'étend qu'aux acquêts réalisés par les époux en laissant de côté leur mobilier présent. C'est, en allant au fond des choses, la véritable communauté, celle qui ne met en commun que les économies faites par les époux et résultant tant de leur travail

(121) Lehr : op. cit. § 315.

personnel que des revenus de leurs biens. Si, plus tard, à cette masse restreinte on a ajouté les meubles, c'est pour augmenter le crédit du mari, et pour éviter aussi des recherches difficiles et souvent impossibles sur la question de savoir à qui appartenait le mobilier.

Ici encore, nous retrouvons trois patrimoines distincts avec le droit pour le mari d'administrer la masse entière, et de disposer de certains biens seulement. La question importante consiste dans la détermination des acquêts, termes que toutes les lois n'entendent pas de la même façon. La théorie qui prévaut fait réputer acquêt tout bien à propos duquel on ne peut établir qu'il est propre à l'un ou à l'autre des époux.

Le passif ne comprend pas les dettes présentes des époux. D'après M. Lehr, il ne comprend que les dettes contractées par les époux ensemble qui grèvent alors la communauté, le mari qui a agi comme chef de communauté et la femme qui a contracté comme mandataire tacite du mari en ce qui regarde les affaires intérieures du ménage. Si le patrimoine de la communauté ne suffit pas pour désintéresser les créanciers, l'opinion prépondérante en Allemagne veut que « dans la société d'acquêts, « comme dans toute société commerciale, les deux époux « répondent chacun personnellement, subsidiairement et solidairement des dettes de la communauté, dans la proportion « où ils sont appelés à recueillir les bénéfices éventuels « de la communauté (122) » Donc, poursuite contre la femme pour le tout, et contribution dans la proportion de sa part de communauté, système bien différent de celui qu'a suivi l'article 1487 du Code civil français et d'après lequel la femme qui s'est engagée conjointement avec son mari ne peut jamais être poursuivie que pour moitié à moins que l'obligation ne soit solidaire.

(122) Lehr: op. cit., § 316. M. Lehr cite comme ayant adopté ce système le Landrecht du Wurtemberg (P. IV, tit. 4) et le Landrecht de Mayence (tit. 4, §§ 1, 3).

Quand la communauté est dissoute, on procède au partage après avoir opéré telles compensations et payé telles indemnités que de droit. Souvent, paraît-il, ce n'est qu'au moment de la dissolution que la communauté apparaît. En certains pays, les deux fortunes étant réunies sous l'administration du mari, chaque époux garde en propre les biens qu'il a acquis pendant le mariage et ne les verse dans la communauté qu'au moment de sa liquidation : tout alors se réduit à un simple compte entre les époux (123). Cependant, le système français qui consiste à mettre en commun dès le principe les acquisitions réalisées pendant le mariage est le plus généralement suivi.

C. *Régime dotal*. — Le régime dotal romain dans sa pureté primitive est loin d'occuper une grande place dans les législations allemandes. On le trouve dans quelques provinces du royaume de Prusse et dans quelques autres principautés de l'Empire d'Allemagne, notamment le Meklembourg et la Hesse : le pays où il est le plus répandu est la Bavière. Il est facile de s'expliquer historiquement pourquoi le rôle du régime dotal est si effacé en Allemagne. Quand le droit romain pénétra en ce pays entre le XV^e et le XVI^e siècle, il trouva la famille complètement organisée d'après des principes que les siècles avaient consacrés et qui différaient totalement de ceux que lui-même apportait. Le principe dans les relations personnelles des époux était l'égalité, dans leurs relations pécuniaires la réunion des deux fortunes dans le droit d'administration et de jouissance attribué au mari, droit que lui confère le *mundium*. Le système romain ne put l'emporter sur la tradition germanique et ne put prendre racine que dans un nombre très restreint de statuts locaux.

(123) Bufnoir : op. cit., page 173. Ce système entraîne diverses conséquences importantes à noter : les immeubles acquis seront inscrits sur les registres fonciers au nom de l'époux acquéreur et non pas au nom des deux époux, et, par suite, le droit de les aliéner ou d'en disposer, se trouvera le plus souvent déplacé.

Cependant l'apparition du droit matrimonial romain en Allemagne produisit un résultat curieux que nous allons étudier maintenant. Il se fit entre les deux systèmes qui se trouvaient en présence des échanges, des communications et certaines règles du régime dotal pénétrèrent par infiltration dans le régime de l'union de biens. De là un système bâtard usité surtout dans les provinces saxonnes, et appelé régime de l'usufruit marital (*System des ehemännlichen Nieszbrauch*) régime que quelques auteurs classent parmi les dérivés de la *Verwaltungsgemeinschaft*, tandis que d'autres le rapportent purement et simplement au régime dotal. Indiquons les grands traits de ce régime reconnu et organisé par le Code du royaume de Saxe de 1863.

D'abord nous retrouvons l'obligation imposée aux parents de doter toute fille qui n'a pas de fortune personnelle, à moins qu'elle ne se marie contre le gré de ses parents, cette dot étant fixée d'après la fortune de ses débiteurs et en considération de la situation du mari.

Le mari a l'administration et l'usufruit de la fortune de sa femme qui garde la propriété des biens qu'elle a apportés en dot et des biens qu'elle a recueillis dans la suite à un titre quelconque. Le mari est responsable de sa mauvaise gestion : s'il met en danger la dot et les reprises de la femme, cette dernière peut demander à la justice qu'on lui rende l'administration de sa fortune personnelle, et en cas de déconfiture ou de faillite, elle peut faire valoir une hypothèque légale tacite. Le mari, d'après les auteurs allemands, a l'administration et la jouissance même des paraphernaux de la femme, et la jurisprudence saxonne présume que tous les biens apportés par la femme au moment du mariage sont dotaux et pourvus de tous les caractères que la loi romaine attribuait à cette classe de biens.

Ce qui sépare en somme ce régime de la *Verwaltungsgemeinschaft*, c'est, si nous pouvons ainsi parler, la nature dotale du *Heiratsgut*, et ce qui le distingue du régime dotal, c'est

cet usufruit attribué au mari sur les paraphernaux (124) de la femme.

Rien n'empêche d'ailleurs les époux de stipuler la communauté de biens totale ou partielle par un contrat de mariage rédigé soit avant le mariage, soit après (125).

Nous n'avons donné que les principaux systèmes adoptés en Allemagne pour régler les relations pécuniaires des époux. Il serait impossible de présenter dans leurs détails les modifications qu'y apportent les statuts des provinces, des villes et des campagnes. Essayer de le faire serait s'engager dans une voie sans issue. Nous empruntons un exemple à M. Bufnoir : « En Bavière, « par exemple, la communauté domine mais régie par trente- « six statuts différents dont quinze établissent la communauté « d'acquêts, et vingt et un la communauté universelle, avec des « divergences qui portent souvent sur des points essentiels, et « en outre le régime dotal forme le régime légal dans certains « districts pendant que quelques autres suivent le régime du « *Landrecht* de Prusse qui présente la plus grande ressem- « blance avec notre régime sans communauté... » Ce n'est pas seulement pour le jurisconsulte que la tâche est ardue, c'est aussi et surtout pour le juge chargé d'appliquer ces lois. Ajoutez à cela que des statuts fort anciens se bornent souvent à édicter des principes dont les développements sont purement traditionnels. En présence d'un tel état de choses, les Allemands ont senti combien serait utile une codification mettant l'unité à la place du chaos. Les congrès des jurisconsultes de ce pays se sont plusieurs fois occupés de la question. Le Congrès de 1873 qui s'est réuni à Hanovre (126), n'a pu résoudre la difficulté : on s'était

(124) Mittermaier : *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, § 392, texte et note 17.

(125) Wheaton et Lawrence : op. cit., pages 457 et 458. — Lehr : op. cit., § 317.

(126) M. Bufnoir a publié un compte rendu sommaire des discussions de ce Congrès dans le *Bulletin de la Société de lég. comp.* : Année 1874, p. 336.

demandé si l'on devait se borner à codifier les divers régimes, ou bien si l'on devait organiser un régime légal admis partout sauf convention contraire ou même un régime s'imposant à la volonté des parties. Les savants allemands se séparèrent sans avoir rien décidé.

Le congrès de Nuremberg, tenu deux ans plus tard, se prononça pour l'établissement d'un régime unique pour tout l'Empire. On repoussa aussi un système dit système régional qui consistait à organiser plusieurs régimes formant chacun le droit commun dans telle région déterminée de l'Allemagne : MM. les professeurs Schröder et V. Roth (127) ne purent faire prévaloir cette opinion.

Quant au régime à adopter, le congrès s'est décidé pour la *Verwaltungsgemeinschaft*, s'appuyant surtout sur cette raison : à savoir qu'il était impossible d'adopter un type unique pour le régime de communauté et de l'imposer aux pays qui ne pratiquent pas ce régime (128). Rappelons que cette décision est purement spéculative.

En attendant que le Code civil, qui s'élabore en Allemagne, ait tranché législativement la question, reproduisons à titre de curiosité le tableau des forces respectives des divers régimes matrimoniaux tel que l'a dressé M. Roth :

Verwaltungsgemeinschaft.....	13,240,000
Allgemeine Gütergemeinschaft..	11,280,000
Errungenschaftsgemeinschaft...	6,740,000
Mobiliargemeinschaft.....	7,000,000
Dotalecht.....	2,740,000
	41,000,000

(127) M. Roth, dans le travail que nous avons cité, a donné des détails très-intéressants sur cette question, notamment sur le système régional.

(128) Bufnoir : Bulletin de 1876, page 175 et ss.

II. — AUTRICHE.

Plus heureuse sur ce point que l'Allemagne, l'Autriche a depuis 1811 un Code qui a mis l'ordre et l'unité dans ses vastes possessions. Le royaume de Hongrie, en 1861, a repoussé le Code civil autrichien et a voulu conquérir son indépendance juridique et législative en même temps qu'il affirmait son autonomie politique.

Nous n'aurons que peu de choses à dire sur ce qui touche à notre matière ; nous ne pourrions guère que répéter les explications que nous avons données à propos de l'Allemagne. On connaît les trois régimes de la *Gütereinigung*, de la *Gütergemeinschaft* et du *Dotalsystem* (129). Ce dernier régime est assez analogue au système saxon de l'usufruit marital qui forme le droit commun en Autriche, mais il se rapproche plus encore du droit romain que le régime saxon. Aussi, a-t-on pu dire, non sans apparence de raison, que le régime légal en Autriche est le régime dotal (130).

Des termes de l'art. 1217 du Code civil, qui définit le contrat de mariage, il semble bien que ce contrat doive être passé avant le mariage et des autres articles, il faut conclure que cet acte ne saurait être modifié après le mariage qu'en vertu d'une décision judiciaire (art. 1263 et 103 à 105).

Les futurs époux majeurs (131) et maîtres de leurs droits, s'entendent librement entre eux sur les clauses qu'il leur convient de stipuler. Si la femme est mineure, elle est remplacée par son père ou par son tuteur pourvu de l'autorisation du tribunal

(129) V. Kirchstetter : *Commentar zun Oesterreichischen bürgerlichen, Gesetzbuche*, page 590.

(130) Bufnoir : op. cit., page 167, note 1.

(131) La majorité est fixée à l'âge de vingt-quatre ans (art. 21).

pupillaire (art. 1219). Les parents des futurs époux sont tenus de leur fournir une dot et un établissement proportionnés à leur fortune, à moins que ceux-ci n'aient une fortune particulière suffisante ou ne se marient contre le gré des parents tenus de fournir la dot (art. 1220-1223 et art. 1231) ; ces deux restrictions s'appliquent plus spécialement à la fille qui se marie.

Occupons-nous d'abord du régime de droit commun. Les deux époux gardent la propriété des biens qu'ils possèdent au moment du mariage et de ceux qu'ils acquièrent personnellement dans la suite. Toutefois, le mari a l'administration des biens de sa femme et il en touche les revenus sans être tenu à rendre aucun compte lors de la dissolution du mariage. Il est responsable de la conservation de ses biens et doit en garantir le recouvrement. Si sa gestion compromet la dot de la femme, on peut enlever au mari son droit d'administration : encore faut-il qu'il y ait urgence ou danger imminent (art. 1237 à 1241).

Les conventions matrimoniales peuvent modifier ces principes. En premier lieu, des clauses du contrat de mariage peuvent obliger le mari à rendre compte de sa gestion et des fruits perçus (art. 1239) ou même réserver à la femme l'administration de tout ou partie de sa fortune. Dans ce dernier cas, le mari, comme chef du ménage et tuteur de la femme, aurait le droit de s'opposer à une gestion désordonnée de la femme et même de la faire déclarer prodigue (132) (art. 1241).

En second lieu, les époux peuvent, par contrat de mariage, adopter le régime de la communauté soit universelle, soit restreinte à telle catégorie de biens. Une telle stipulation est toujours interprétée restrictivement (art. 1177, 1178). La communauté entre époux est régie comme une société ordinaire et le Code autrichien renvoie aux articles qui établissent les principes à suivre en matière de société et qu'elle déclare applicables à la communauté conjugale. Ce régime présente en Autriche un

(132) Kirchstetter : op. cit., page 600.

caractère particulier sur lequel il est bon d'insister : en général, nous dit l'art. 1234, la communauté de biens entre époux n'est censée établie que pour le cas de mort ; elle donne à l'époux survivant droit à la moitié des biens respectivement apportés à la communauté et qui restent au décès de son conjoint. C'est en somme un gain de survie attribué à l'époux qui est demeuré veuf (133) et il ne se paie que déduction faite de toutes les dettes sans exception si la communauté est universelle, de certaines dettes seulement si la communauté est réduite aux biens à venir ou aux biens présents seulement (art. 1235). Le droit du conjoint n'est plus aussi précaire si un bien immobilier mis en communauté est inscrit au nom des deux époux : le conjoint non propriétaire acquiert dès lors sur la moitié de cet immeuble un droit réel qui empêche l'autre époux d'en disposer seul. Dans cette hypothèse, ce n'est plus une simple expectative, c'est un droit doré et déjà acquis (art. 1236) ; mais c'est là une exception, et, d'après la règle générale, la communauté n'entre vraiment en vigueur qu'à la dissolution du mariage (134).

Outre l'adoption d'un régime et la détermination des valeurs dotales, le contrat de mariage peut contenir des stipulations relatives aux dons nuptiaux, à l'augment de dot ou au douaire et à la *Morgengabe*. Le douaire est, comme dans la plupart des législations allemandes, de droit pour la femme en vertu de l'art. 1242, mais la loi ne fixe pas de taux spécial. Quant à la *Morgengabe*, elle est en quelque sorte de style. Nous retrouvons aussi dans le droit autrichien les institutions contractuelles et les gains de survie sur lesquels nous n'avons rien de particulier à dire.

Nous avons déjà vu qu'une décision judiciaire pouvait enlever au mari l'administration des biens de sa femme. Le régime stipulé par les époux prend aussi fin par la mort de l'un des

(133) Kirchstetter : op. cit. page 597.

(134) Kirchstetter : op. cit. page 598.

époux, par le divorce, admis pour les non-catholiques et par la séparation forcée, seule accessible aux époux catholiques (135). Le Code autrichien, comme le Code italien, permet la séparation de corps volontaire, sanctionnée par un jugement (art. 1263). Enfin il est une cause spéciale à la communauté : la faillite de l'un ou l'autre des époux met fin à la communauté et provoque sa liquidation immédiate.

III. — SUISSE

Les cantons suisses sont aussi indépendants les uns des autres au point de vue législatif, qu'au point de vue administratif et politique. Chacun a sa loi propre, d'origine plus ou moins récente et différant souvent en des points essentiels de la législation du canton voisin. Presque partout nous trouvons des Codes civils plus ou moins anciens, mais élaborés pour la plupart dans le cours de ce siècle et créant un droit fixe et certain. Dans quelques-uns cependant, ce Code ne s'étend pas à tout le territoire qui se trouve ainsi posséder deux ou trois législations différentes (136). Disons enfin que le canton de Schwytz est encore régi par le droit coutumier et par les statuts contenus dans les *Landbücher*.

Si nous examinons plus particulièrement les législations cantonales en ce qui touche le mariage et le contrat de mariage, nous trouvons de grandes différences tant au point de vue de la capacité, qu'au point de vue de la forme et du fonds, si bien

(135) Voir pour les nombreuses distinctions à faire en cette matière : M. Glasson, *Mariage civil et Divorce*, pages 400 et ss. et une étude de M. Lyon-Caen sur le divorce en Autriche, *Bulletin de législ. comp.*, 1882, page 64.

(136) c'est ainsi que les lois diffèrent d'Appenzell Rhodes Extérieures à Appenzell Rhodes Intérieures, de Bâle-Ville à Bâle-Campagne, d'Unterwald le Bas à Unterwald le Haut, etc...

qu'on ne saurait nommer deux cantons présentant exactement la même législation. Prenant pour guide l'excellent ouvrage de M. Lardy (137), nous allons essayer de grouper les divers Codes civils pour présenter un tableau d'ensemble aussi complet que possible des divers régimes matrimoniaux adoptés en Suisse.

I. Dans la plupart des cantons suisses, le contrat de mariage, tel que nous le comprenons, c'est-à-dire établissant entre les époux un régime de biens spécial et différent du régime légal, est inconnu (138). Dans la Suisse centrale, le contrat de mariage n'est considéré que comme un pacte successoral fait entre les fiancés ou même entre les époux par acte sous seing privé, avec ou sans l'assistance de témoins. Dans les pays qui ont adopté ce système, le régime légal est obligatoire et jamais les époux ne sauraient appliquer à leurs relations pécuniaires d'autres règles que celles qu'édicte le Code local. Les époux ne peuvent alors s'occuper dans le contrat de mariage que de la *Morgengabe*, des donations entre époux et des gains de survie qu'ils veulent stipuler. La liberté des contrats est encore plus restreinte en certains cantons qui exigent pour la validité des contrats que ceux-ci aient été approuvés par le conseil communal ou par un tribunal quelquefois même par l'un et l'autre (Appenzell R. E., Schaffouse, Zurich).

Les autres Codes suisses permettent le contrat de mariage qui déroge au régime légal qu'ils organisent ; mais là encore, une grande diversité de principes. Tandis que les uns suivent les principes français, et exigent l'authenticité, l'antériorité et l'im-

(137) M. Lardy, aujourd'hui ministre de Suisse en France, a publié un résumé très-clair sur : *Les législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle, de régime matrimonial quant aux biens et de successions*, Paris, 2^e éd. Sandoz, 1877.

(138) Sur la question de savoir si le contrat de mariage est admis restreint ou réjeté, voir la carte n° 5 de l'ouvrage de M. Lardy.

mutabilité et permettent aux époux d'adopter un régime quelconque, (Genève, Jura-Bernois, Neuchâtel, Tessin et Thurgovie), d'autres n'imposent pas l'authenticité (Grisons), ou ne prescrivent pas l'antériorité (Grisons) ou autorisent les époux à adopter plus tard la communauté d'acquêts (Fribourg) ou bien enfin leur interdisent d'adopter la communauté de pertes (Vaud, Valais), ou la communauté universelle (Valais).

II. La capacité varie aussi avec les cantons, et dans certains cantons avec le sexe. La majorité se meut entre l'âge de dix-neuf ans et celui de vingt-quatre ans pour les hommes, le terme le plus répandu étant celui de vingt ans. De plus, dans certains cantons, l'âge de la majorité est plus reculé pour les femmes que pour les hommes (139).

D'autre part, la femme majeure ne peut pas toujours contracter seule et librement. Qu'elle consente les conventions matrimoniales, avant ou après le mariage, certaines lois lui imposent l'assistance d'un tuteur ou de deux témoins pris parmi ses plus proches parents. C'est assurément là un reste de la tutelle perpétuelle, système encore connu et pratiqué dans un certain nombre de cantons suisses (140).

III. Nous avons vu que dans un certain nombre de cantons on ne connaît qu'un seul régime, le régime légal obligatoire pour les époux. Dans tous ces cantons, le régime est le même ; c'est un régime qui se rapproche beaucoup de notre régime sans communauté, avec cette différence toutefois que les lois suisses donnent au mari des pouvoirs d'administration et de disposition excessivement étendus, inconnus dans notre législation. Exposons-en brièvement les principes. Toute la fortune de la femme passe sous l'administration du mari qui a la jouissance absolue et exclusive des revenus. Tous les gains réalisés, ceux même qui

(139) Lardy : op. cit., carte n° 1.

(140) Lardy : op. cit., carte n° 2.

proviendraient de l'industrie privée et des économies particulières de la femme, sont acquis au mari. A ce droit d'administration et de jouissance le mari joint le plus souvent un droit absolu de disposition, droit dont il use sans contrôle aucun. Ce qui reste propre à la femme, c'est la valeur de la dot ; le mari ne doit en principe que cette valeur. Si les biens de la femme existent encore en nature lors de la dissolution du mariage, il lui est assurément loisible de les rendre en cet état ; mais c'est là une exception de fait et non une règle de droit. Ces droits donnés au mari n'embrassent pas seulement la fortune présente de la femme, celle qu'elle apporte en se mariant ; ils s'étendent aussi aux biens qui lui échoient postérieurement par succession, donation ou même autrement. De ce principe, il découle que toutes les chances de gain étant en faveur du mari, toutes les chances de perte doivent être à sa charge. C'est le principe que nous avons vu consacré par quelques lois allemandes et d'après lequel la fortune de la femme ne doit ni croître ni décroître pendant le mariage (141).

Le mari devant restituer une valeur, comme sanction de cette obligation, les Codes cantonaux exigent presque tous la rédaction d'un inventaire qui sert à établir le montant des restitutions que le mari devra opérer. La forme varie avec les Codes.

Un juste sentiment d'équité et de nécessité pratique a amené la plupart des lois à reconnaître à la femme la libre disposition d'une part de biens dite réserve, qu'elle administre et dont elle jouit librement : cette réserve est généralement dite *Sondergut*.

Quelques lois restreignent les pouvoirs du mari et, tout en lui permettant d'aliéner les meubles, lui défendent de disposer des immeubles de la femme sans le consentement de celle-ci (Bâle ville et campagne, Zoug). Le Code de Zurich, outre le consente-

(141) Ce régime est pratiqué dans les cantons suivants : Appenzell, Argovie, Berne (ancien canton), Glaris, Grisons, Lucerne, St-Gall, Schwytz, Uri. — Voir la carte n° 6 de l'ouvrage de M. Lardy.

ment de la femme, exige celui du tuteur. Celui de Lucerne exige pour les aliénations immobilières le consentement du conseil communal. Enfin, le Code d'Unterwald le Bas, tout en donnant au mari l'administration de la fortune de la femme et en lui attribuant les gains, lui interdit d'aliéner même les valeurs mobilière de la femme sans son consentement.

Aux pouvoirs du mari correspond l'incapacité de la femme qui ne saurait jamais s'obliger ni consentir une aliénation sans l'autorisation du mari à laquelle doit se joindre bien souvent l'autorisation soit du tuteur, soit du conseil de la commune, soit même du tribunal.

Le régime sans communauté n'est pas le seul régime connu des Codes suisses: certains d'entre eux ont aussi organisé le régime de la communauté réduite aux acquêts qui tantôt forme lui-même le régime légal obligatoire (Schaffouse) ou facultatif (Fribourg, Neuchâtel, Thurgovie, Valais, Vaud), tantôt constitue un régime secondaire que les parties peuvent adopter en excluant le régime légal (Fribourg, Vaud). Les biens de la femme restent propres, le mari en ayant l'administration, mais ne pouvant généralement en disposer sans le consentement de la femme. Parmi les cantons qui admettent le régime de communauté, seuls, les cantons de Neuchâtel et de Thurgovie permettent au mari de disposer librement des biens de la femme, la fortune de cette dernière se trouvant réduite à une simple créance de valeur. Les acquisitions réalisées pendant le mariage, sont présumées être des acquêts. La dissolution du mariage étant arrivée, on procède à la liquidation de la communauté: on paie les dettes et récompenses, on opère le prélèvement et enfin on partage les acquêts par moitié entre les deux époux ou leurs représentants. Le mode de partage n'est pas le même dans les cantons de Soleure et des Grisons; là, règne le régime appelé communauté de part tierce, en vertu duquel on attribue au mari les deux tiers des gains et acquêts réalisés pendant le mariage, tandis que la femme n'en reçoit qu'un tiers. A cette exception

près, les règles qui gouvernent la communauté *tertice partis* sont les mêmes que celles de la communauté d'acquêts. Le canton de Bâle présente une communauté de part tierce d'un caractère tout particulier : en effet, on réunit en une seule masse tous les biens des époux et à la dissolution du mariage, on en donne les deux tiers au mari et le dernier tiers à la femme.

Le régime dotal constitue le régime légal dans le canton de Vaud. Il est aussi admis à titre purement facultatif dans le Tessin. La femme ne peut se constituer elle-même de dot durant le mariage. L'administration et la jouissance de la dot appartiennent exclusivement au mari, à qui la loi tessinoise impose la constitution d'une caution ou à son défaut d'une hypothèque, tandis que la loi vaudoise exige de lui un assignat emportant hypothèque ou une reconnaissance notariée de la dot obligeant toute la fortune du mari. Nous retrouvons d'ailleurs le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux à laquelle peuvent seules faire exception les décisions judiciaires. Le mari doit restituer la dot dans un certain délai après la dissolution du mariage. Son droit de quasi-usufruit sur l'argent ne le rend débiteur que d'une valeur : pour les autres choses, le principe est que la restitution doit s'opérer en nature, à moins que les immeubles ayant été estimés, le mari ne doive plus que le montant de l'estimation. La femme dotale reste d'ailleurs incapable de s'obliger sans le concours du mari et en outre, dans le canton de Vaud, sans le consentement de deux de ses plus proches parents mâles.

Dans les divers régimes que nous venons de parcourir, l'administration et la jouissance des biens de la femme appartiennent au mari. Quelques cantons admettent toutefois le principe de la séparation de biens (Neuchâtel, Tessin, Thurgovie). D'après le Code civil du Tessin, les biens qui n'ont pas été expressément frappés de dotalité sont paraphernaux : la femme en conserve la propriété et les reprend à la dissolution du mariage. Elle les administre de concert avec le mari à qui elle doit abandonner la

moitié de leur produit. Seule, elle peut les aliéner mais avec le consentement de son époux. Si elle laisse à son mari l'entière administration de ses paraphernaux, celui-ci n'est jamais tenu qu'à représenter la moitié des fruits existants lors de la dissolution du mariage.

Quelles sont les garanties données à la femme pour contrebalancer les pouvoirs si considérables reconnus au mari par la plupart des Codes civils de Suisse? Toutes les lois cantonales donnent à la femme un privilège dans la faillite du mari et quelquefois même dans sa succession pour le recouvrement de la dot et des créances dotales. Mais il est très rare qu'elles lui assurent le recouvrement de sa fortune entière et elles ne lui donnent généralement le droit d'exercer son privilège que jusqu'à concurrence de la moitié de sa fortune : quelques-unes le restreignent au quart ou au tiers, d'autres au contraire l'étendent jusqu'aux deux tiers. Ce privilège est souvent remplacé par une hypothèque générale grevant toute la fortune du mari.

Plusieurs cantons reconnaissent aussi à la femme le droit de demander la séparation de biens, si le mari compromet la fortune de la femme et les ressources du ménage. Dans d'autres cantons, et c'est le plus grand nombre, la femme peut seulement demander qu'on enlève au mari l'administration et la gestion de ses biens, ou qu'on prononce son interdiction.

Comme on peut le voir par ce rapide exposé, la législation suisse présente les systèmes les plus divers, souvent même les plus contradictoires. On a très-justement comparé sous ce rapport la Suisse à une mosaïque, où les couleurs les plus variées se trouvent rapprochées sans rien qui les lie ou les fonde. Les Suisses comme les Allemands ont bien senti les inconvénients de cet état de choses. La lutte est vivement engagée entre l'esprit d'unification et l'esprit d'indépendance cantonale; et l'unification juridique et législative se serait déjà faite, si, derrière elle, les cantons romans et français ne craignaient de voir s'édifier l'unité politique constituée au profit de l'élément allemand. Quelle sera

l'issue du conflit ? nul ne le pourrait dire. Mais, sans juger les deux opinions adverses, on peut adresser au système du fédéralisme à outrance des critiques bien fondées au point de vue pratique. Sans parler des conflits qui peuvent naître à l'intérieur même de la Suisse entre les divers Codes civils, signalons l'incertitude même qui doit régner sur la nationalité cantonale, si nous pouvons ainsi dire, des époux suisses et sur le droit qui régit leur association conjugale ; inconvénient grave dont souffrent non-seulement les étrangers, mais encore et surtout les Suisses eux-mêmes, nous n'en voulons pour preuve que la préface placée par M. Lardy en tête de la seconde édition de son ouvrage (142).

Si on met de côté ces défauts, assurément très-regrettables, dans une matière d'application aussi fréquente que le contrat de mariage, et si on examine les principes les plus généralement reçus dans les divers cantons, ne pourrait-on reprocher au droit suisse d'avoir sacrifié les intérêts de la femme à ceux du mari en donnant à ce dernier des droits très-étendus d'administration et même de disposition sur la fortune mobilière ou immobilière de sa femme et en lui attribuant soit la totalité, soit la plus grande partie des gains réalisés pendant le mariage ? Sans doute, les Codes civils atténuent dans une certaine mesure ce vice par les droits de succession et de survie qu'ils attribuent à l'un des conjoints dans la succession de son conjoint prédécédé ; mais ce n'est là qu'une compensation insuffisante des avantages faits au mari. Nous trouvons aussi en Suisse une institution particulière à ce pays : c'est le droit pour le conseil communal d'obliger le mari à fournir à sa femme des sûretés réelles ou personnelles pour assurer ses reprises (143). Même dans un pays médiocrement peuplé, cette garantie peut sembler insuffisante et les

(142) Lardy : op. cit., cartes 8, 9 et 10.

(143) Ce système est pratiqué dans les cantons d'Appenzell, d'Argovie, d'Unterwald, de Zoug, de Zurich, etc...

droits de la femme seraient bien mieux protégés par une limitation importante des pouvoirs d'administration et de disposition jusqu'ici conférés au mari sur le patrimoine de sa femme.

IV. — MONACO.

Enclavée dans un département français, la Principauté de Monaco a des relations très-fréquentes avec la France. On constate notamment que les mariages entre Français et Monégasques sont fort nombreux : l'identité des deux législations était donc du plus grand intérêt pour les deux parties alors surtout qu'il n'avait pas été fait de contrat de mariage. Or, tandis que le droit français établit comme régime de droit commun la communauté réduite aux acquêts, le Code civil monégasque, dans son art. 1198, décidait qu'à défaut de conventions matrimoniales, le régime dotal constituerait le régime légal de la Principauté, et que le régime de communauté n'entraît en vigueur qu'en vertu d'une clause expresse du contrat de mariage. L'ordonnance princière du 9 juillet 1877 fit disparaître les inconvénients qui pouvaient résulter d'un semblable état de choses (144). Désormais le régime de communauté d'acquêts constitue le régime légal à Monaco, et le régime dotal doit être formellement stipulé. Toutes les clauses relatives à ce dernier régime sont interprétées restrictivement et le nouvel article 1380, déclare que tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux.

Pour les autres questions relatives au contrat de mariage, le Code civil monégasque reproduit les règles du Code civil français. L'assimilation des deux lois s'achève par cette réforme dont l'utilité n'a peut-être pas été reconnue par toutes les femmes monégasques.

V. — FRANCE

Sans nuire à l'unité qui est son principe et sa fin, le Code civil français a admis et organisé les deux régimes du droit germanique et du droit romain. Nulle part, croyons-nous, ces régimes, appartenant à deux systèmes complètement opposés, n'ont été simultanément développés avec autant d'ampleur et de netteté. Cette manière de faire a été imposée par l'état de choses antérieur au législateur de 1804, qui n'a pas voulu sacrifier une partie de la France à l'autre. Avons-nous besoin de rappeler que, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, la France est restée divisée en pays de droit écrit et pays de coutume ?

Dans les pays de droit écrit, on suivait le droit romain, c'est-à-dire qu'on adoptait le régime dotal. Les fortunes des deux époux restaient en principe séparées. Du patrimoine de la femme, il était fait deux parts : l'une, la dot inaliénable, était livrée à l'administration et à la jouissance exclusives du mari, tandis que l'autre qui comprenait les biens paraphernaux était soumise à l'administration et à la jouissance de la femme. A la dissolution du mariage, le mari devait restituer la dot entière, mais il ne devait restituer que la dot et il était grevé à cet effet d'une hypothèque légale qui atteignait tout son patrimoine. De son côté, la femme survivante jouissait le plus souvent de l'augment de dot, c'est-à-dire de l'usufruit à elle donné par la convention ou par la loi sur la moitié de la fortune du mari. Ce régime était suivi dans le Midi.

Dans le Nord, le droit et les coutumes germaniques avaient pris possession du pays. Un principe, absolument opposé à la théorie adoptée dans les pays de droit écrit, s'était développé

(144) *Annuaire de législation comparée*, 1878, pages 489 et 490, et Clunet IV, 1877, page 461.

sous la double influence du droit germanique et du Christianisme : c'était le principe de l'association des époux dans la bonne et dans la mauvaise fortune, la participation de la femme aux gains comme aux pertes du mari. On trouve les premières traces de la communauté dans les très anciennes coutumes germaniques (145), qui donnaient à la femme dans les acquêts une moitié ou une part proportionnée à son apport. Ce système se développa d'abord dans la classe roturière où le seul capital des époux consiste dans leur travail : les époux ne possédant que des meubles pour lesquels l'origine de propriété est difficile sinon impossible à déterminer, on prit l'habitude de mettre les valeurs mobilières en communauté. Les gens de noblesse repoussèrent longtemps ce régime pour une raison facile à saisir : la féodalité ne peut se concevoir sans la concentration des fortunes, ces fortunes consistant le plus souvent en immeubles. Peu à peu cependant, la communauté pénétra dans les classes nobles mais avec un tempérament, le droit pour la femme de renoncer à la communauté et de se soustraire ainsi à des dettes trop considérables contractées par le mari. De la noblesse, où des frais d'équipement militaire, de réception et de représentation inconnus à la bourgeoisie pesaient lourdement sur les familles seigneuriales, le droit de renonciation passa dans les familles roturières et commerçantes où il pouvait présenter aussi de grands avantages. Si nous nous plaçons dans le dernier état du droit coutumier, nous pouvons analyser ainsi le régime de communauté. L'actif commun comprend mobilier présent et futur, conquêts, immeubles des époux ; le passif correspond à l'actif. Le mari administre en maître et seigneur, c'est-à-dire en véritable propriétaire des biens communs. Le droit de la femme n'apparaît qu'au moment de la dissolution de la communauté, époque à laquelle elle prend une part entière ou seulement une demi-part dans la masse commune : elle a toujours le droit de renoncer pour se soustraire au poids des dettes de la communauté.

(145) Aubry et Rau : t. V, page 214, texte et note 3.

Ce régime constitue le droit commun pour la plus grande partie de la France du Nord et du Centre. La Normandie toutefois faisait exception et interdisait toute communauté même conventionnelle entre époux. Dans cette province, l'administration et la jouissance appartenaient au mari seul. Ce n'était pas le régime dotal, comme on l'a dit, mais bien le régime analogue à notre régime sans communauté que nous avons vu pratiquer dans la Scandinavie primitive et dans plusieurs pays d'Allemagne (146). Les Normands avaient apporté ce régime de leur ancienne patrie : telle est du moins, croyons-nous, l'explication la plus naturelle et nous ne saurions voir dans l'adoption de ce régime l'expression du mépris des envahisseurs pour les femmes qu'ils épousèrent dans le pays conquis (147).

Dans les pays de droit coutumier, les conventions des époux pouvaient librement déroger au régime légal et certaines clauses étaient souvent adoptées telles que la clause de séparation de biens ou la clause d'exclusion de communauté. Au cas où on avait stipulé la séparation de biens, les époux gardaient l'administration et la jouissance de leur fortune personnelle. Dans le Midi la situation des époux était analogue si la femme n'avait apporté que des biens paraphernaux. Quant à l'exclusion de communauté, elle maintenait entière la séparation des deux patrimoines, l'administration et la jouissance des deux masses étant d'ailleurs remises au mari seul.

Presque partout la femme survivante avait un douaire, dérivation de l'ancienne *Morgengabe*, consistant en un usufruit accordé à la femme sur une part des biens du mari, mais non en propriété en vertu de l'adage. « Jamais mari ne paya douaire (148) ».

(146) D'Olivecrona : op. cit., page 207, note 1.

(147) Voir en ce sens l'ouvrage de MM. Rodière et Pont : *Contrat de mariage*, I, page 24, 2^e édition.

(148) Aubry et Rau : V, § 497. — Rodière et Pont : op. cit. I, *Introduction historique*. — A. Gautier : *Précis de l'histoire du Droit français*, page 184. — D'Olivecrona : op. cit., pages 283 et ss., etc...

Les législateurs de 1804 conservèrent les divers régimes dont nous venons de parler. Quant à l'organisation d'un régime légal, on sait qu'ayant à choisir entre la séparation de biens et la communauté ils s'arrêtèrent à ce dernier régime comme à celui qui répondait le mieux à l'union des personnes établie entre les époux par le mariage. Notre travail ne portant pas spécialement sur le droit français, nous n'avons pas à apprécier la solution adoptée par le Code, civil de 1804. Nous ne saurions toutefois passer sous silence un reproche trop bien fondé que l'on a souvent adressé aux rédacteurs du Code c'est de n'avoir pas, en reproduisant les décisions de l'ancien droit, rétabli le douaire ou donné un droit successoral à l'époux survivant. C'est là une omission grave très-préjudiciable à la femme, que la plupart des lois étrangères n'ont pas commise et qui malheureusement ne semble pas de longtemps devoir être réparée en notre pays (149).

Nous ne donnerons que de courtes explications sur le droit français que tant d'auteurs illustres ont magistralement exposé. La matière du contrat de mariage a été très-complètement traitée soit par MM. Rodière et Pont, dans leur monographie intitulée : *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement à leurs biens*, soit par MM. Aubry et Rau et MM. Demante et Colmet de Santerre dans leurs traités généraux du droit français.

Nous avons d'ailleurs indiqué nous-même les points sur lesquels le droit français se rapproche ou s'éloigne des diverses législations étrangères. La simple exposition des règles générales de notre droit complètera la comparaison.

I. En ce qui concerne la forme du contrat, le Code civil français exige l'authenticité, l'antériorité, l'immutabilité. La rédaction par-devant notaire devant assurer la liberté des parties et

(149) M. Lawrence a été frappé de cette inconséquence de la loi française et il a constaté avec étonnement que l'on n'ait donné à la femme aucun droit de survie.

l'immutabilité des conventions, la loi va encore plus loin et prescrit que mention sera faite devant l'officier de l'état civil de la rédaction de conventions matrimoniales ; cette dernière mesure a pour but de protéger les tiers contre les dissimulations des époux. Ces mêmes règles s'appliquent aux actes se rattachant au contrat de mariage tels que modifications et contre-lettres.

II. La capacité requise pour contracter est la capacité de droit commun acquise par les époux à l'âge de vingt et un ans. Mais la loi permettant le mariage aux mineurs à partir de dix-huit et de seize ans, crée une exception de faveur et leur permet de passer eux-mêmes leurs contrats de mariage avant d'avoir atteint la majorité de droit commun, pourvu seulement qu'ils soient assistés des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Non-seulement les époux peuvent toujours rédiger le contrat, mais ils le peuvent seuls ; la jurisprudence et la majorité des auteurs annulent un contrat passé en l'absence de l'un des futurs époux, si son représentant n'est muni d'une procuration spéciale et authentique : nous sommes loin des lois norvégienne et autrichienne qui défendent à la femme même majeure de paraître au contrat, et donnent à son père ou tuteur un mandat légal irrécusable à l'effet de la représenter. A côté de la capacité de droit, il y a la capacité de fait et les vices du consentement de nature à faire annuler le contrat de mariage, sont ceux-là mêmes qui font tomber les autres sortes de contrats.

III. — En principe, les époux sont libres de conclure telles conventions qu'il leur plaît de choisir. Comme dans tous les pays où le contrat de mariage est permis, ils sont tenus de respecter les lois d'ordre public et celles qui règlent l'organisation de la famille, les droits et les devoirs respectifs de ses membres. Le Code se borne à organiser divers régimes entre lesquels les époux peuvent choisir, soit qu'ils les adoptent dans leur forme légale et sans modification, soit au contraire qu'ils y introduisent des clauses modificatives ou qu'ils combinent les uns avec les autres.

On peut, en se plaçant au point de vue du Code civil, ranger en deux catégories les régimes consacrés par la loi française : 1° la communauté légale ou conventionnelle ; 2° les régimes exclusifs de communauté, en classant dans cette dernière catégorie le régime dotal à côté du régime sans communauté et la séparation de biens. Nous allons indiquer brièvement les règles propres à chacun de ces régimes, règles que nous avons déjà exposées en étudiant les législations étrangères, et plus particulièrement celles d'Allemagne et d'Italie.

A. *Régime de communauté*. Nous prenons la communauté telle que la loi l'a organisée pour en faire le régime légal de la France, telle, par conséquent, qu'elle est le plus souvent appliquée.

L'actif de la communauté comprend trois classes de biens : 1° le mobilier présent et futur ; 2° les revenus des propres, les fruits, intérêts et revenus ; 3° les immeubles acquis durant le mariage. Restent en dehors de la communauté, les immeubles présents de chaque époux et ceux qui lui adviennent durant le mariage par donation ou succession. Ces biens demeurent propres quant à la propriété, mais la communauté a sur eux un droit d'usufruit fort étendu. Si ces propres sont aliénés, et si leur prix est versé dans la caisse de la communauté, la valeur demeure propre à l'époux propriétaire et doit lui être restituée lors de la dissolution du mariage sous le nom de récompense, en vertu de ce principe qu'aucun des trois patrimoines existant sous ce régime, ne peut s'enrichir aux dépens de l'autre : cette restitution peut devenir inutile, s'il a été fait emploi du prix du propre aliéné. Le passif comprend toutes les dettes mobilières présentes des époux, les dettes relatives aux successions et donations mobilières qui leur échoient durant le mariage, les dettes usufructuaires relatives aux propres, enfin les dettes contractées pour l'administration des biens communs et pour l'entretien du ménage. Il est, d'autre part, des dettes que la communauté ne paie que sauf récompense, d'autres enfin qui ne sont à sa charge,

ni quand la contribution, ni même quand la poursuite des créanciers (art. 1412, 2^e al.).

Le mari administre seul et sans aucune intervention de la femme les biens de la communauté qu'il peut vendre, aliéner et hypothéquer à son gré ; mais il ne saurait en disposer seul à titre gratuit si ce n'est des meubles considérés individuellement. Le mari a aussi l'administration des biens de la femme, mais ses droits sont moins étendus, pour les baux notamment. Quant au droit de disposer des biens de la femme, la loi ne le lui a pas reconnu : il ne peut les aliéner que du consentement de celle-ci.

La communauté se dissout de deux manières : 1^o en cas de mort de l'un des conjoints ; 2^o en cas de séparation de biens principale ou accessoire à une séparation de corps. Contrairement aux décisions données sur ce point par l'ancien droit français et le droit allemand actuel, la communauté ne peut jamais continuer entre l'époux survivant et les héritiers du prémourant : cette solution a l'avantage d'éviter les liquidations embarrassées de communautés greffées l'une sur l'autre. L'absence ne peut amener qu'une dissolution essentiellement provisoire. Quant à la séparation de biens, elle ne peut être prononcée que par les tribunaux et ne peut jamais se faire à l'amiable. La femme, et elle seule, peut demander la séparation de biens quand le mari met en péril la dot et les reprises de la femme. En cas de mort et de séparation, il est dressé un inventaire : la femme avant le mari reprend ses propres et exerce ses reprises ; puis on procède au partage de l'actif commun, lequel est réparti par moitié entre les deux époux après le règlement des récompenses et indemnités qu'un des patrimoines peut devoir à l'autre.

La femme peut alors, soit accepter purement et simplement, et elle est alors tenue de toutes les dettes de la communauté, soit accepter sous bénéfice d'inventaire, et elle n'est tenue des dettes communes que dans la mesure de son émolument, soit enfin renoncer à la communauté et se décharger ainsi de toutes les dettes, à moins qu'elle ne soit personnellement obligée. Ce droit

de renonciation est un heureux contre-poids aux droits qu'a le mari comme administrateur et comme chef de la communauté. Disons, en terminant, que ce droit d'option enfermé dans certains délais passe aux héritiers de la femme, morte sans avoir pu l'exercer.

Les parties peuvent modifier dans quelques-unes de ses parties le régime de communauté tel que nous venons de l'exposer. On se trouve alors dans un cas de communauté conventionnelle. Ces modifications peuvent porter sur la composition de l'actif et du passif de la communauté : telles sont les clauses qui établissent la communauté d'acquêts, régime le plus usité dans les pays du Nord, l'exclusion du mobilier, l'ameublement, la séparation de dettes, la communauté universelle. Les clauses dérogatoires peuvent être relatives aux droits stipulés par un époux en vue de la dissolution du mariage : ainsi stipulation de préciput, de parts inégales, de reprise de l'apport franc et quitte.

A l'époque actuelle où la fortune mobilière a pris une extension si considérable, le régime légal français peut produire des résultats fâcheux et arriver à enrichir l'un des conjoints aux dépens de l'autre. Ce danger que le législateur de 1804 n'a pu soupçonner est fort amoindri par l'usage général en France de rédiger un contrat dès que l'un des conjoints apporte en ménage une fortune de quelque importance : le régime est alors modifié et les droits de la femme plus sérieusement garantis. On peut aussi adopter l'un des régimes que nous allons exposer. Dans le Midi, presque tous les contrats de mariage établissent le régime dotal comme régime des biens entre époux, tandis que le régime d'exclusion de communauté prévaut en Normandie.

B. *Régime sans communauté.* — Le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme comme des siens propres. Chaque époux garde d'ailleurs la propriété de sa fortune, qu'il reprendra lors de la dissolution du mariage. Toutes les économies que le mari réalise dans son administration appartiennent au mari ; mais, la jurisprudence française, contraire en cela au

droit allemand, laisse à la femme les produits de son industrie personnelle : cette dernière peut d'ailleurs se réserver la jouissance et l'administration d'une partie de ses biens. Ce régime, absolument différent du régime dotal, est d'origine foncièrement germanique ; il présente de grandes analogies avec le régime allemand de l'union de biens et découle du *mundium* germanique qui donnait au mari la *gewaere*, c'est-à-dire la saisine de la fortune de la femme dès la célébration du mariage.

C. *Régime de séparation de biens.* — La séparation de biens conventionnelle est très-rare, très-peu pratique. Elle résulte presque toujours d'un jugement, ou bien ne s'applique qu'à quelques biens de la femme individuellement déterminés, et constitue une clause de portée fort restreinte. Les deux patrimoines restent séparés, quant à la propriété, quant à l'administration et à la jouissance. La femme gère sa fortune mobilière et immobilière, touche ses revenus seule et sans autorisation. Elle doit contribuer aux charges du ménage suivant les stipulations du contrat, et, en cas de silence de celui-ci, dans la proportion du tiers de ses revenus. Capable d'aliéner seule ses meubles, la femme ne saurait aliéner seule ses immeubles, que l'aliénation soit directe ou indirecte : elle doit se pourvoir à cet effet de l'autorisation de son mari, de même que pour ester en justice. En fait, c'est le plus souvent le mari qui administre la fortune de sa femme en vertu d'un mandat tacite ou exprès, et il n'est alors tenu lors de la dissolution du mariage qu'à la représentation des fruits existants.

D. *Régime dotal.* — Dans le régime dotal on trouve plus stricte encore que dans les régimes précédents l'exclusion de toute société entre époux au moins en principe. La dot que les époux ne sauraient constituer ou augmenter pendant le mariage est soumise au droit d'administration et d'usufruit du mari. Il a sur les meubles dotaux un véritable droit de quasi-usufruit qui lui permet de les vendre, de les aliéner, de toucher le montant des créances dotales. Quant aux immeubles dotaux, sauf le cas

d'estimation valant vente, ils restent en nue-propriété à la femme. Le mari les administre mais il ne peut, non plus que la femme, les vendre à cause de l'inaliénabilité dont ils sont frappés au regard des deux époux. Si la femme ne peut autoriser le mari à aliéner les immeubles dotaux, elle ne peut pas plus, même avec le consentement de son époux, consentir des obligations engageant même sa dot mobilière. On a ainsi confondu l'indisponibilité des biens avec l'incapacité de la femme, erreur dont le Code civil italien a fort bien su se garantir. Dans le système français, on considère la restitution intégrale de la dot comme étant d'ordre public et l'inaliénabilité de la dot se continue même après le mariage par suite de cette incapacité subsidiaire dont la femme est frappée. Les époux peuvent par le contrat de mariage apporter des exceptions au principe de l'inaliénabilité du fonds dotal et en permettre l'aliénation à telles conditions qu'il leur plaît de stipuler. Poussant à l'extrême le principe qu'il faut protéger la femme dotale contre son mari et contre elle-même, le Code civil n'a pas permis aux tribunaux d'apprécier les cas où l'aliénation pourrait être nécessaire et a strictement limité les hypothèses où la vente de l'immeuble dotal pourrait être autorisée (art. 1549 à 1553) (150).

Si, malgré toutes les précautions prises par la loi, le mari compromet la dot, la femme peut demander la séparation de biens. Alors, de même qu'en cas de mort de l'un des époux, il y a lieu à restitution de la dot dans les délais et avec les distinctions indiquées par les art. 1564 à 1573.

Tous les biens que la femme n'a pas frappés de dotalité sont

(150) La sanction du principe de l'inaliénabilité est la nullité de la vente passée en contravention des textes du Code. L'action en nullité est ouverte au mari durant le mariage, puis après à la femme ou à ses héritiers. — Avons-nous besoin d'ajouter que l'imprescriptibilité des biens dotaux vient confirmer leur inaliénabilité ?

paraphernaux, et sont administrés par la femme ou par son mari autorisé par un mandat ou tacite ou exprès.

Souvent les époux associent au régime dotal le régime de la communauté d'acquêts ; on applique alors distributivement les règles de ces deux régimes : la loi prévoit elle-même cette hypothèse sans vouloir cependant limiter à cette combinaison la liberté des parties dans la rédaction de leurs conventions matrimoniales.

Sous quelque régime que les époux se soient mariés, la loi accorde à la femme une hypothèque légale destinée à lui assurer le recouvrement de sa dot et de ses reprises dotales (art. 2135, 2°). En faveur du mariage, le législateur a cru devoir déroger aux deux principes de la spécialité et de la publicité. L'hypothèque grève le patrimoine entier du mari et se trouve dispensée de toute inscription. Ce système présente de grands inconvénients tant vis-à-vis des tiers que vis-à-vis du mari dont le crédit est gravement atteint. Les époux peuvent, par le contrat de mariage, spécialiser l'hypothèque et la pratique a consacré le système célèbre de la subrogation des créanciers à l'hypothèque légale de la femme. Mais ce sont là des expédients qui ne font pas disparaître le vice originel de la loi. Avons-nous besoin de rappeler que certains Codes étrangers, entre autres le Code civil italien, rompant avec les errements du droit romain, ont opéré sur ce point une réforme que nos jurisconsultes sont unanimes à réclamer pour la France ?

IV. — BELGIQUE.

Séparée de la France, la Belgique a conservé le Code civil français tel qu'il a été rédigé en 1804. Peu de modifications importantes ont été introduites dans le texte de ses articles : tout ce que nous avons dit sur le droit français s'applique donc au droit

belge, soit qu'on étudie les formes du contrat de mariage et la capacité requise pour le consentir, soit qu'on considère les régimes que les époux peuvent adopter. Disons seulement que le régime dotal est très-rarement stipulé par les futurs époux et qu'on trouve en Belgique une cause de dissolution du mariage qui a heureusement disparu du Code français en 1816, nous voulons parler du divorce.

La seule différence importante qui existe entre les deux législations consiste dans la façon dont l'hypothèque légale des femmes mariées est organisée en France et en Belgique. Jusqu'en 1850, la Belgique a suivi, en cette matière, les principes du droit français et n'a requis ni la publicité ni la spécialité de l'hypothèque légale. La loi hypothécaire belge de 1850 a opéré sur tous ces points une excellente réforme. Elle fit disparaître l'hypothèque judiciaire du nombre des hypothèques légales ; puis, pour les hypothèques légales qu'elle maintenait, elle posa le principe de la publicité et de la spécialité. L'hypothèque de la femme mariée qui nous intéresse plus particulièrement cesse d'être occulte comme auparavant : une inscription, dont la charge incombe à diverses personnes, doit la porter à la connaissance des tiers. Quant au principe de la spécialité, il n'est pas absolu. L'inscription prise garantit toutes les créances que la femme peut acquérir contre son mari et, d'autre part, grève toute la fortune de celui-ci. Cependant, l'hypothèque peut être spécialisée quant aux créances garanties et quant aux biens grevés, soit par le contrat de mariage, soit par le président du tribunal civil. Le mari, comme un débiteur ordinaire, demande la réduction du gage excessif, étant donné la dette à garantir. Donc, comme le dit M. Laurent (151), l'hypothèque légale de la femme mariée est, à la fois, générale et spéciale. Le législateur belge a jugé

(151) Laurent : *Eléments de droit civil français*, t. XXX, §§ 257, 333 et ss.

la réforme qu'il opérerait si excellente, qu'il a donné un effet rétroactif à la loi et astreint aux règles de la publicité et de la spécialité les hypothèques occultes existant lors de sa promulgation. Dès lors, une hypothèque légale ne peut être opposée aux tiers que si la personne appelée à s'en prévaloir a rempli au moins les formalités de la publicité ; sinon, le créancier est simple chirographaire.

CHAPITRE IV

Droit anglo-américain

1° GRANDE-BRETAGNE

Si les origines lointaines du droit anglais permettent de la rattacher au droit germanique, son développement et le résultat auquel il a plus tard abouti nous interdisaient de placer l'étude du régime matrimonial anglais dans le chapitre où nous nous occupons des législations purement germaniques. D'autre part, si le développement historique du droit matrimonial en ce qui concerne les relations pécuniaires entre les époux aboutit à un système analogue à la *manus* des Romains, on ne saurait voir dans ce résultat l'influence du droit romain qui fut toujours sévèrement proscrit par les rois et les Parlements d'Angleterre. Nous ne pourrions clairement expliquer les diverses transformations qui s'opérèrent dans les droits respectifs des époux, si nous ne disions quelques mots du curieux dualisme que l'on trouve dans la législation anglaise comme on l'avait vu se produire dix siècles auparavant à Rome entre le droit strict et l'équité. M. Gide (152) a très bien montré comment chez les deux peuples des causes analogues ont produit des effets analogues bien que les milieux fussent différents. « Chez les deux peuples, c'est le « même amour de la loi inséparable de l'amour de la patrie, « c'est le même esprit égoïste et pratique, avide de gain et de

(152) Gide : op. cit. page 271. — Lawrence et Wheaton : op. cit., III, page 39.

« pouvoir, c'est le même respect pour la légalité poussé jusqu'à
« la superstition de la forme et de la lettre, les mêmes raffine-
« ments de ruse et d'industrie pour accommoder à des besoins
« nouveaux des textes vieillis et pour élargir les formules
« légales sans les briser ». Après la conquête de l'Angleterre,
Guillaume et ses barons imposèrent au pays vaincu leurs lois
dures et brutales pour les nouveaux sujets du duc de Normandie,
rigoureuses pour la forme et pour le fond.

On ne pouvait faire valoir ses droits en justice qu'en employant
certaines formules (*writs*) immuables consacrées par les légistes
et par les princes et rédigées en langue latine ou française,
langues incompréhensibles pour les gens du peuple. Comme à
Rome, on fut forcé, lorsque des besoins nouveaux se firent sentir,
d'employer ces actions sous la forme feinte utile ; et l'on n'arriva
que fort tard à la formule que nous appellerons *in factum*. La
fiction a joué dans le droit anglais un rôle au moins aussi consi-
dérable que dans le droit romain. Un jour vint où ce vieux droit
si rigide, fut trouvé insuffisant et même formellement contraire
à la justice et à l'équité. Le chancelier d'Angleterre, imitant le
préteur romain, refusa aux parties la délivrance du *writ* qui eût
forcé les magistrats à rendre un jugement légalement inique, et,
retenant la cause, la jugea lui-même. Plus tard, le chancelier se
substitua dans cette œuvre de réforme des tribunaux dits Cours
d'équité (153) qui évoquèrent devant elles un nombre considéra-
ble de causes au nom du droit naturel et de la bonne foi : les
rois favorisèrent de toute leur puissance les usurpations et les
empiètements des Cours d'équité sur la compétence et la jurisdic-
tion des Cours de droit commun (*Common Law*). Ce n'est pas
seulement dans la procédure que cette différence se fit sentir. Il
existait des droits incontestables au point de vue de l'équité aux-
quels le droit commun refusait toute sanction et souvent le même

(153) On appel aussia ces Cours Cours de chancellerie.

droit produisait des effets différents suivant qu'il revêtait la forme *légale* ou qu'il se présentait au contraire sous la forme *équitable*. C'est ainsi que nous trouvons la propriété légale distincte de la propriété équitable, distinction analogue à celle que faisait le droit romain entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire. Dans la matière qui nous occupe, nous aurons aussi à séparer les rapports conjugaux de droit strict où la personnalité de la femme se confond entièrement avec celle du mari des rapports conjugaux d'équité où la femme conserve une personnalité distincte de celle de son conjoint.

Les principes consacrés par l'équité pénétrèrent peu à peu dans le droit civil pur, grâce aux statuts des rois d'Angleterre, pour donner naissance au droit dit *statutaire*. Les réformes se firent lentement mais sûrement comme celles que les empereurs introduisirent par leurs édits dans le droit romain ancien.

Ce n'est pas assurément à ce système de procédure que le droit matrimonial anglais doit son caractère particulier. Il faut en chercher la cause dans la manière dont Guillaume le Conquérant organisa la famille et la propriété anglaise. A ces peuplades anglo-saxonnes plus voisines de la barbarie que de la civilisation, le vainqueur imposa sans transition le régime féodal tel qu'il était pratiqué en France et dans le duché de Normandie. Il imposa la hiérarchie féodale aux nobles saxons qui lui firent leur soumission et donna de riches domaines à ceux de ses barons normands qui l'avaient suivi : tous relevèrent immédiatement ou médiatement du souverain et presque tout le sol anglais devint terre féodale et fief militaire. Or, qui dit fief militaire, sous-entend droit de masculinité, qui dit noblesse sous-entend le droit d'ainesse. La puissante aristocratie féodale organisée par Guillaume ne pouvait subsister que par la concentration des grandes fortunes entre les mains de quelques-uns : la fortune, et à cette époque ancienne il ne s'agit que de fortune foncière, forme une unité indissoluble entre les mains du personnage qui seul aux yeux du prince représente sa famille entière. On com-

prend alors comment le droit anglais n'a jamais admis le régime de communauté, qui implique à la dissolution du mariage la nécessité de faire un partage entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé. Les Normands n'eurent qu'à étendre à l'Angleterre le droit qu'ils avaient apporté de Scandinavie dans la Normandie et qui s'est perpétué dans ce dernier pays jusqu'à la révolution de 1789, nous voulons parler du régime sans communauté dans lequel le mari était l'administrateur et l'usufruitier exclusif de la masse des biens de la femme. Les lois anglaises allèrent même plus loin et confondant absolument la personnalité de la femme dans celle du mari, attribuèrent à celui-ci non plus seulement l'administration et l'usufruit, mais encore la libre disposition et même la propriété de l'apport de la femme. En compensation de droits aussi exorbitants donnés au mari, la coutume accorda à la veuve un douaire destiné à subvenir à son entretien.

Ce régime convenait non seulement à la noblesse anglaise, mais encore aux classes populaires de la nation. Ce peuple commerçant y voyait une extension considérable du crédit du mari favorisant grandement les transactions commerciales. Qu'on ajoute à cela les avantages d'une législation unique pour tout le pays et on comprendra facilement comment le système primitif du droit anglais, bien que fort rigoureux pour la femme, se soit maintenu jusque dans la première partie de ce siècle (154). Quel était ce régime, quelles transformations a-t-il subies ? c'est ce que nous allons maintenant étudier.

Dans le mariage anglais la femme perd absolument toute personnalité civile. Pour la loi, il n'y a dans le ménage qu'une seule personne, le mari, chef et maître absolu, que les lois anglaises appellent le baron. La femme se trouve sous la *couverture* de son mari : elle ne peut plus contracter avec des tiers ou avec

(154) Voir sur tous ces points l'étude déjà citée de M. d'Olivecrona : pages 292 à 296. — Gide, op. cit., page 283 et ss.

son mari ; bien plus, si la femme a antérieurement traité avec son futur époux, une fois le mariage accompli, il s'opère une sorte de confusion et la femme ne saurait se prévaloir des contrats consentis par son conjoint (155). Au regard des tiers, la femme disparaît : si elle a été lésée, elle ne peut agir qu'avec le concours et au nom de son mari ; si elle est tenue d'une obligation quelconque, elle ne peut être poursuivie qu'avec son mari et accessoirement à lui (156).

Quant aux droits du mari sur les biens présents et futurs de la femme, il faut faire une distinction. S'agit-il de meubles, *personal chattels* : ils deviennent la propriété du mari qui en dispose librement sans encourir de ce chef aucune responsabilité ; la femme ne peut, à la dissolution du mariage, que reprendre ses effets personnels, vêtements, parures, literie, dit *paraphernalia*, pourvu seulement que le mari n'en ait pas disposé de son vivant.

S'agit-il au contraire d'immeubles : le mari acquiert sur eux un droit presque illimité d'administration et les rentes, produits et revenus de ces biens appartiennent à lui seul. Cependant le mari ne pouvait aliéner les immeubles de la femme et celle-ci absolument incapable aux yeux de la loi anglaise, n'aurait pu à aucun titre l'habiliter à consentir une aliénation. A la dissolution du mariage, le mari survivant à sa femme rend aux héritiers de celle-ci les immeubles par elle apportés. Mais, s'il est né aux époux un enfant vivant et capable d'hériter de sa mère, le père exerce le droit féodal de *curtesy* et retient les biens immobiliers, dont sa femme a eu la possession effective pendant le mariage, pour en user et en jouir pendant toute sa vie (157).

Si la femme, par un travail séparé, a acquis des gains et des

(155) Blackstone : *Commentaires sur les lois anglaises*, II, p. 215 et ss.

(156) Schœffner : *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, §§ 104 et 105.

(157) Blackstone : op. cit., II, 509, ss.; III, 418.

salaires, ils sont de droit attribués au mari qui en fait tel usage qu'il lui plaît.

En compensation de l'abandon de ses droits de propriété et de personne, on donne à la femme un douaire (*dower*) dont la consistance statutaire est fixée au tiers des biens-fonds et *tenements* dont le mari a été en possession à une époque quelconque de sa vie pendant le mariage. Ce bien appartient à la femme après la mort du mari pour en jouir pendant sa vie naturelle (158). Cet avantage réservé à la femme perdit graduellement son importance à mesure que la fortune se transforma et d'immobilière devint mobilière. Très-souvent même, s'il faut en croire Stephen, les deux familles prenaient des dispositions spéciales pour limiter le droit de la femme ou même l'annuler tout à fait (159).

Le douaire dans le droit moderne a disparu et une loi de 1834 a permis au mari d'aliéner librement ses immeubles ce qui lui était interdit autrefois à cause des droits éventuels que la femme pouvait avoir sur eux en vertu de son douaire. Dès lors, la femme n'eut plus aucune garantie, aucune compensation pour le sacrifice qu'elle avait fait au mari de tous ses droits.

C'était là le droit commun, tel du moins qu'il a subsisté jusqu'en 1870. Mais, depuis plusieurs siècles, les Cours d'équité avaient reconnu à la femme une existence distincte de son mari, et l'aptitude à prétendre certains droits que n'eût certainement pas consacrés le *Common Law*. On usa dans ce but d'un expédient analogue aux procédés du prêteur romain, qu'on puisa dans les pratiques ecclésiastiques. Au moment du mariage, on remet entre les mains d'un tiers fidéicommissaire, dit *trustee*, certains biens qui devront être affectés à l'usage particulier (*use*) de la femme. Le tiers touche les revenus et les remet à la femme année par année, et il est tenu en conscience de suivre les indi-

(158) Blackstone : op. cit., II, 515.

(159) Lawrence et Wheaton : op. cit., III, p. 462.

cations que la femme lui donne pour l'administration et même pour l'aliénation de ce bien. Cette constitution était dite *jointure* quand l'usage était donné conjointement aux deux époux et cette expression s'étend même à l'hypothèse où la femme seule est appelée à bénéficier de cette convention (160). Les Cours d'équité sanctionnant ces dispositions ne permettaient pas à la femme de cumuler le douaire avec la *jointure* : si la jointure avait été constituée avant le mariage, la femme devait s'y tenir ; si elle n'avait été faite qu'après le mariage, la femme s'en tenait au douaire légal ou acceptait la *jointure* à la stipulation de laquelle en qualité de femme mariée, elle n'avait pu donner un consentement valable. Après avoir touché les revenus pendant le mariage, la femme recevait après la mort du mari les biens composant ce fidéicommiss (161). Les Cours d'équité permettaient d'ailleurs de choisir pour *trustee* le mari lui-même qui avait le plus souvent donné les biens affectés à cette destination spéciale. Comme les femmes anglaises aliénaient d'avance les revenus des biens remis aux *trustees* ou ces biens eux-mêmes pour en remettre le prix à leur mari, ou stipula que de telles aliénations anticipées ne seraient pas valables et que la femme ne pourrait toucher les revenus que d'année en année.

Ces mesures de faveur et de protection prises, à l'égard de la femme, lui paraissant insuffisantes, la Cour d'équité prit l'habitude de réserver à la femme ou à ses enfants la moitié des biens meubles qui advenaient à la femme durant le mariage par succession ou donation et qu'elle était forcée de remettre à son mari en vertu du droit commun.

Tous ces expédients étaient insuffisants. D'abord, il fallait une

(160) Blackstone : op. cit., II, 530. — Voir une étude de M. Ribot sur la loi anglaise du 9 août 1870. *Bulletin de la Société de législation comparée*, III, 1872, pages 6 et ss. — Voir encore sur les divers modes de constitution des *trustees* le Clunet de 1881, pages 52 et 53.

(161) Blackstone : op. cit., II, 530.

convention formelle pour organiser le système des fidéicommiss, et de plus les frais de ces contrats compliqués étaient très-élevés et hors de la portée des fortunes médiocres. Il en résultait que les femmes qui avaient le plus besoin d'être protégées, c'est-à-dire les femmes du peuple et de la petite bourgeoisie, étaient dépourvues de toute protection ; les Cours d'équité n'avaient rien trouvé pour elles, c'était au pouvoir législatif à chercher la solution du problème. Il y avait de plus une raison qui a été ainsi formulée par M. Lawrence : « Quoique les Cours d'équité aient pu, en certains cas, remédier à des abus, il n'en est pas moins vrai que les adoucissements provenant de pareilles sources ne justifient pas la rétention des lois qui sont radicalement fausses en principe. Il n'appartient pas davantage aux juges de suppléer aux omissions de la législature ni de les corriger. »

A tous les points de vue, il fallait une réforme. Elle commença en 1857, mais lente et timide. On autorisa le juge à permettre à la femme abandonnée de son mari, de garder en propre tous les biens qu'elle peut gagner et acquérir dans la suite.

Après diverses tentatives, après une véritable campagne menée par diverses sociétés législatives d'Angleterre, après une curieuse enquête faite sur les législations des Etats-Unis et les réformes qu'elles avaient introduites dans la condition des femmes mariées, le Parlement de la Grande-Bretagne vota le 9 août 1870, une loi (162), qui, rompant avec des traditions séculaires et des préjugés invétérés, opéra une révolution complète dans le droit anglais en ce qui touche la condition civile et les biens des femmes mariées. Les auteurs du projet eussent voulu que la femme mariée pût désormais tenir, acquérir, transmettre ses

(162) Cette loi est intitulée: *An act to amend the law relating to the property of married women* (33 et 34, Victoria). Le texte traduit et précédé d'une excellente notice et se trouve dans l'*Annuaire de la Société de lég. comp.*, I, 1872, page 55 et ss. — Lawrence et Wheaton: op. cit., III, pages 464 et 465, note 1.

immeubles et ses biens personnels et en disposer, et ester en justice comme si elle eût été femme seule et non mariée. Une telle capacité donnée à la femme parut exorbitante au législateur anglais, et le *bill* fut amendé. Voici qu'elle fut en somme la portée de l'innovation réalisée par la loi 1870, qui n'énonce pas de principes généraux, mais présente seulement des solutions d'espèces (163). Une série de clauses insérées dans le *bill* reconnaissent à la femme la propriété exclusive de tous les produits de son travail pendant le mariage, qu'elle les ait acquis dans l'exercice d'un emploi, d'une profession ou d'un commerce quelconque, ou d'un talent littéraire, artistique ou scientifique (sect. 1). Elle demeure aussi maîtresse exclusive des sommes qu'elle aurait placées avant ou après le mariage, dans les caisses d'épargne, les fonds publics, actions ou obligations de sociétés industrielles ou de sociétés de secours mutuels, ou enfin dans les assurances sur sa propre vie ou sur celle de son mari (sections 2, 3, 4, 5 et 10). On lui réserve encore tous les biens immeubles lui advenant pendant le mariage par succession *ab intestat*, toute somme d'argent de moins de 200 livres st. lui échéant par legs ou donation (164), enfin, les revenus des immeubles qu'elle a pu recueillir pendant le mariage dans une succession *ab intestat* (sect. 7 et 8). Sur toutes les autres questions, l'ancien droit qui n'est pas expressément abrogé est resté en vigueur. C'est ainsi que la femme mariée continue à être incapable de contracter avec des tiers ou avec son mari, d'ester en justice si ce n'est pour les biens dont la loi nouvelle lui reconnaît la propriété.

(163) Nous reproduisons l'analyse que M. Ribot a faite de la loi : op. cit., page 18.

(164) Si la donation ou le testament attribue à la femme plus de 200 livres à la fois, elle peut réclamer seulement son droit à une constitution de dot suivant la jurisprudence des Cours d'équité (*equity to a settlement*) (sect. 7). Les Cours d'équité ont admis, en effet, que certains biens pourraient être rendus inaliénables (*settled*) pour l'usage personnel de la femme, système qui se rattache intimement à l'assignation de biens entre les mains de *trustees* pour l'usage de la femme.

D'après les dispositions que nous venons d'analyser, il est facile de voir que le *bill* de 1870 établit entre les époux un régime analogue à notre régime de séparation de biens. La femme en effet conserve la propriété et la jouissance de la plus grande partie de sa fortune. Elle contribue indirectement, il est vrai, aux charges du ménage : si le mari indigent est secouru par la paroisse, cette dernière a un recours contre la femme. Si, à défaut de ressources suffisantes, le mari ne peut pourvoir à l'entretien des enfants, sa femme le remplace complètement à cet égard.

Avant le *bill* de 1870 le mari acquérant en propriété tous les biens meubles de la femme, en jouissance seulement ses immeubles, était tenu des dettes contractées par la femme, soit avant, soit après son mariage. Comme on enlevait au mari la plupart des avantages qui lui étaient précédemment attribués, on crut devoir le décharger d'une part correspondante de passif. Aussi le *bill* portait-il dans son art. 12 : « Aucun époux, marié sous l'em-
« pire du présent acte, ne sera tenu des dettes de sa femme con-
« tractées avant le mariage ; mais la femme pourra être pour-
« suivie pour de pareilles dettes et ses biens propres seront
« affectés à leur paiement, comme si elle n'était pas mariée. » On a constaté dans la pratique, que le plus souvent la femme abandonnait à son mari ses meubles et la jouissance de ses immeubles, enlevant ainsi aux créanciers la plus grande partie de leur gage. On décida alors qu'il fallait donner aux créanciers le droit de poursuivre conjointement les deux époux sauf à n'obtenir condamnation contre le mari, que jusqu'à concurrence de la valeur de ceux des biens de la femme que le mariage avait mis entre ses mains. Cette réforme fait l'objet d'une loi du 30 juillet 1874, amendant en ce point l'acte de 1870 (165).

Ainsi se trouve complétée l'organisation du régime matrimonial anglais qui a succédé au système du *Common Law*. Désormais la femme sans avoir recours à un contrat de mariage, dont

(165) *Annuaire de la Société de lég. comp.*, IV, 1875, page 32 et ss.

les frais sont plus élevés en Angleterre que partout ailleurs, sans user de voies détournées et de subterfuges légaux, sera assurée de conserver toujours sa fortune personnelle, au moins sa fortune immobilière. Les immeubles sont administrés par le mari ; mais la jouissance des biens échus à la femme pendant le mariage reste propre à celle-ci, au moins en droit. Si nous faisons cette restriction, c'est qu'en fait la femme en fait le plus souvent l'abandon à son mari. Le bill de 1870 procédant par voie d'élimination, il en résulte que tous les biens qu'il ne vise pas spécialement restent sous l'empire du droit ancien ; ainsi les valeurs immobilières que possède la femme au jour du mariage et dont elle n'a pas opéré le placement, ainsi encore les immeubles qu'elle possède au moment de la célébration du mariage.

Ce régime protège-t-il suffisamment la femme ? Est-il préférable au régime de communauté français ? Nous ne pouvons discuter ici cette question. Mais il est des cas fréquents où la situation de la femme sera très-fâcheuse après la dissolution du mariage. La femme aide le mari dans l'exercice de sa profession, de son industrie ou de son commerce, elle lui donne son travail et lui apporte ses capitaux ; les économies sont employées à des placements mobiliers ou immobiliers : la femme, à la dissolution du mariage, n'a aucun droit sur ces biens acquis par le travail commun des époux. La loi exige en effet que les gains acquis par la femme aient été réalisés dans une industrie ou une profession distincte de celle du mari, pour qu'ils demeurent propres à la femme. N'est-ce pas un résultat inique ? Le régime de communauté n'ayant jamais été pratiqué en Angleterre, il n'est pas étonnant que le Parlement anglais n'ait pas cherché dans l'adoption de ce régime la sauvegarde des intérêts de la femme ; il y avait de plus un préjugé contre ce régime : les inconvénients de la législation précédente provenaient de ce qu'on remettait au mari toute la fortune mobilière et immobilière de la femme ; le régime de communauté ne présentait-il pas au premier aspect le même vice capital. Une solution toute naturelle s'offrait au législa-

teur : rechercher dans la séparation partielle des deux fortunes un remède aux pouvoirs absolus que le mari avait sur la fortune de sa femme. La loi de 1870 ne fait donc que commencer une réforme qui devra être complétée. Elle a envisagé une hypothèse seulement : celle où le mari prodigue et paresseux dissipe les gains que la femme acquerrait par son travail pour faire vivre les enfants et entretenir le ménage. Mais il est bien d'autres cas où la femme doit être secourue par la loi. Nous n'avons pas la prétention d'indiquer au législateur anglais la voie qu'il devra suivre ; nous nous bornerons à faire remarquer que ceux des pays allemands et des cantons suisses, qui ne connaissent que les régimes exclusifs de communauté, attribuent à la femme soit un douaire, soit un gain de survie, soit enfin un droit héréditaire dans la succession du mari prédécédé.

On s'est rendu compte en Angleterre même que le *bill* de 1870 était insuffisant. En 1880, on a discuté en seconde lecture à la Chambre des Communes un *bill* qui avait pour objet de formuler des dispositions générales sur la capacité des femmes mariées et d'améliorer leur situation légale (166). Le *bill* ne vint pas en comité. Ce n'est pas à dire qu'il soit abandonné : rappelons-nous que la loi de 1870 a mis vingt ans à naître.

Le système du *Common Law* ne s'applique qu'à l'Angleterre proprement dite. En Ecosse, dans ce pays celtique et saxon qui a si longtemps repoussé l'invasion normande et qui a servi de refuge à tous les ennemis des envahisseurs, on pratiquait le régime de la communauté de biens qui y règne encore de nos jours (167).

La communauté est universelle et comprend tous les biens

(166) *Annuaire de la Société de lég. comp.*, X, 1881, page 9.

(167) Nous empruntons ces renseignements à une notice placée par M. Duval en tête de la traduction de la loi du 18 juillet 1881 modifiant la législation relative aux biens des femmes mariées en Ecosse. *Annuaire de lég. comp.* XI, 1882, p. 35 et ss.

meubles et immeubles, présents et futurs des époux, tant ceux qui leur sont acquis à titre onéreux, que ceux qui leur adviennent à titre de donation et de succession. Le passif comprend, outre les dettes de la communauté, les dettes personnelles des époux et les sommes dues par eux. Restent propres les seuls biens d'héritage qui ont un caractère immobilier. Enfin, la loi réserve à la femme ses paraphernaux (*Paraphernalia*), c'est-à-dire ses vêtements et ses parures qu'on soustrait aux créanciers du mari, tout en les laissant à la libre disposition de la femme.

Un contrat peut être fait avant le mariage qui réserve à la femme un certain capital (*Peculium*) fourni, soit par le mari, soit par la femme elle-même.

Les pouvoirs du mari sont excessivement larges ; il est maître et seigneur absolu de la communauté : il administre la communauté sans contrôle et dispose à son gré des biens qui la composent. Une réaction très-vive s'est produite depuis quelques années contre cette omnipotence maritale, et depuis 1861 plusieurs lois sont venues modifier soit la composition de la communauté, soit les pouvoirs du mari. En vertu d'une loi du 6 août 1861, les immeubles échus à la femme à titre gratuit ne tombent en communauté à l'égard du mari et des créanciers que si ces diverses personnes constituent provision suffisante pour l'entretien de la femme, si celle-ci le requiert. D'après la loi de 1874, le juge peut autoriser la femme abandonnée par son mari à garder en propre ses gains, ses salaires et les biens pouvant lui advenir par succession. Plus tard, on soustrait au mari les gains que la femme a réalisés dans une industrie ou un commerce personnels ou dans une profession libérale.

La loi du 18 juillet 1881 a profondément modifié le régime matrimonial pratiqué jusque là en Ecosse et a beaucoup rapproché le droit écossais du système anglais tel qu'il a été organisé par le *bill* de 1870.

Cette loi réserve à la femme la propriété, l'administration et

la jouissance de sa fortune mobilière présente ou future, la jouissance des rentes et revenus de ses biens d'héritage sis en Ecosse, et des revenus acquis postérieurement. Les autres biens restent soumis au régime antérieur et tombent en communauté. La femme abandonnée par son mari peut, si le juge le permet, faire sans autorisation tous actes relatifs à sa fortune personnelle. Cette même loi établit la réciprocité dans les droits successoraux des époux : le mari ou la femme survivant ayant un tiers des meubles, s'il y a des enfants, un autre tiers dit *Legitim* étant attribué aux enfants, le reste constituant la quotité disponible (*Dead's part*) ; la moitié, s'il n'y a point d'enfant, l'autre moitié étant donnée aux héritiers du conjoint prédécédé.

Il demeure d'ailleurs permis aux époux de déroger aux dispositions de la loi par contrat passé avant le mariage. Enfin les époux excluent le régime légal par le fait seul qu'un acte irrévocable assure à la femme une fortune suffisante pour le cas où elle survivrait à son mari.

2° ETATS-UNIS DE L'AMÉRIQUE DU NORD.

La réforme accomplie en Angleterre en 1870 avait été précédée d'une longue enquête sur les modifications introduites en Amérique et au Canada dans les lois relatives à la capacité et aux biens des femmes mariées. On n'avait pas seulement consulté les documents législatifs, on avait en outre interrogé les jurisconsultes américains sur l'efficacité des réformes opérées aux Etats-Unis. C'était là une fort sage mesure. Les Etats-Unis et l'Angleterre ont, en effet, le même droit commun, corrigé par la même jurisprudence des Cours d'équité : ces deux pays peuvent donc étudier l'un chez l'autre l'effet des changements introduits dans la législation avant de les adopter eux-mêmes. Or le mouvement de réforme avait commencé dès 1840 dans l'Etat de Vermont, qu'avaient suivi dans cette voie les Etats de New-York

(1848, 1860, 1862), de Massachussets (1857) et le haut Canada (1859). C'est dans l'Etat de New-York que le changement a été le plus radical, et sa nouvelle législation a servi de modèle à un grand nombre d'Etats américains. C'est d'ailleurs l'Etat le plus important de l'Union et celui qui a le plus de relations avec les pays étrangers : pour tous ces motifs, nous étudierons plus particulièrement son régime matrimonial (168).

Avec le *Common Law* ancien, nous retrouvons l'incapacité absolue de la femme, le droit de *curtesy* et le douaire. En 1840, une loi modeste d'apparence ouvre l'ère des réformes ; on permet à la femme de contracter sur sa vie ou sur celle de son mari, une assurance dont la prime sera versée à la femme elle-même ou à ses enfants, à l'exclusion du mari et de ses ayants-cause. En 1848, on assure à la femme la propriété exclusive et la libre jouissance de tous les biens personnels, meubles et immeubles qu'elle possède à l'époque où le mariage a été contracté ou qu'elle n'acquiert que dans la suite. Tout ce qu'elle acquiert par succession et donation échappe au mari, et la femme peut transmettre ses biens par acte entre vifs ou de dernière volonté absolument comme si elle n'était pas mariée.

Etant donné que la femme acquérait une telle capacité, il n'était plus besoin de maintenir les anciennes fictions destinées à éluder les rigueurs de la loi. C'est ce que comprit le législateur de l'Etat de New-York. Une loi votée en 1849 permit aux femmes de prendre l'administration des biens confiés pour leur usage à des *trustees* : le juge autorisait le *trustee* à opérer cette remise, s'il jugeait la femme apte à administrer. Ainsi disparurent les anciens fideicommiss dont le nombre avait été fort restreint par un acte de 1830. On admit d'ailleurs que les contrats de mariage entre futurs époux sortiraient leur plein et entier effet dès que le mariage serait célébré (169).

(168) Ribot : op. cit., pages 13 et ss. — Lawrence et Wheaton, op. cit., pages 465 et ss.

(169) Lawrence : op. cit., III, p. 467.

C'est seulement par les actes de 1860 et 1862 que la réforme fut complétée. Désormais, tout ce que la femme possède au jour de son mariage, ou acquiert dans la suite à quelque titre que ce soit lui appartient en propre ; soustraits aux créanciers du mari, ces biens ne répondent que des dettes de la femme qui les administre et en jouit seule. Elle touche les revenus, et donne quittance valable ; elle peut sans autorisation maritale, acheter, vendre, hypothéquer, s'obliger, agir en justice et contracter avec les tiers.

Il est difficile de concevoir un système plus radical : au système de la concentration de tous les pouvoirs entre les mains du mari succède le système de la séparation absolue. Ce régime avait été proposé à l'adoption des Chambres anglaises en 1870. Le vote des Communes l'avait consacré, à quelques restrictions près ; mais la Chambre des lords, par un grand nombre d'amendements, fit la loi bien moins étendue que nous avons étudiée précédemment. L'esprit conservateur des Anglais s'effrayait de faire si brusquement une révolution aussi considérable. De l'enquête anglaise dont nous avons parlé, il résulte que les Américains n'ont pas eu à regretter la décision qu'ils avaient prise en 1848 et en 1860. Tout au contraire, les jurisconsultes qui avaient fait la plus grande opposition à l'adoption de ces lois étaient unanimes à en reconnaître les heureux résultats. M. Lawrence fait à ces diverses lois un grave reproche : c'est de n'avoir pas mis à la charge de la femme une part des frais à faire pour l'entretien du ménage commun. Cette lacune est indirectement comblée en Angleterre ; nous ne savons ce qu'il en est aux États-Unis. C'est là pourtant une importante question à résoudre législativement, car on comprend que le mari n'ayant plus la possession et la jouissance des biens de sa femme ne puisse plus être forcé de subvenir seul aux dépenses du ménage.

Tous les Etats qui ont admis le principe de la réforme n'ont pas été aussi loin que la législation de New-York. Ainsi dans le Vermont, on donne bien à la femme l'administration et la

jouissance de ses biens, mais on lui défend d'aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari. Il en est de même dans le haut Canada. L'Etat de Massachussets s'en est tenu là jusqu'en 1874 : à cette époque, un *bill* (170) a considérablement augmenté la capacité de la femme en lui permettant de donner à bail ses immeubles, de les vendre, de s'engager verbalement ou par écrit, de passer tous actes comme si elle n'était pas mariée. Il est incontestable que la tendance générale en Amérique est de donner à la femme la plus grande capacité possible. On ne veut pas seulement comme en Angleterre protéger contre la prodigalité du mari les gains qu'elle a péniblement amassés pour nourrir ses enfants et pourvoir aux dépenses du ménage, on veut mettre les deux époux sur un pied d'égalité parfaite. Quelques Etats même ont jugé cette réforme tellement nécessaire qu'ils en ont formulé le principe dans un article de la constitution.

Une autre règle que nous voyons consacrée par le plus grand nombre des constitutions américaines est celle qui excepte des ventes judiciaires le *homestead*, c'est-à-dire le foyer domestique (171). C'est un principe d'intérêt social : on veut protéger la femme et les enfants contre la négligence, les infortunes et l'imprévoyance du mari. La raison en est fort bien exposée par M. Lawrence : le *home* appartient à la femme et aux enfants aussi bien qu'au mari ; il faut les protéger contre des héritiers avides et des créanciers brutaux. L'étendue du *homestead* varie avec les Etats dont la législation n'en permet la vente qu'avec le consentement formel et écrit de la femme.

(170) *Annuaire de la Société de législation comparée*, V. 1876, p. 856.

(171) Lawrence et Wheaton : *op. cit.*, III, p. 468.

CHAPITRE V

Droit russe

La Russie est loin d'avoir une législation applicable à tout l'empire. A son territoire primitif elle a annexé des peuples de races différentes qui ont pour la plupart conservé leur droit et leurs institutions propres. A côté des Slaves, qui tiennent sans contredit la place la plus considérable, on trouve des Scandinaves, des Allemands, des Polonais ; nous ne parlons ici que de la Russie d'Europe. Jusqu'à ce jour, le gouvernement absolu des czars n'a pas cru devoir imposer le droit russe à ces divers peuples. Aussi, sans parler des coutumes locales observées surtout par les paysans, on peut diviser la Russie en quatre régions de droit différent : la Russie proprement dite, la Pologne, les Provinces baltiques, (Esthonie, Livonie et Courlande), enfin le Grand-duché de Finlande. Nous allons successivement examiner quel est le régime des biens entre époux organisé par ces quatre législations.

1° RUSSIE

La Russie est aujourd'hui (172) régie par le *Svod zakonov'* ; sorte d'encyclopédie juridique en 15 volumes, rédigée en 1833 sur l'ordre de l'empereur Nicolas 1^{er}. Ce recueil, dont le tome X

(172) Le travail de codification des lois russes a commencé dès le temps de Pierre-le-Grand. Le *Svod* compte 42198 articles. Ce n'est pas vraiment un Code, c'est une compilation qui présente cependant plus d'ordre que le Digeste et le Code de Justinien. — M. Bonnier dans la Revue historique de droit français et étranger, VIII, p. 378.

contient les lois civiles de l'empire, est lui-même le résumé d'une collection générale des lois russes (*Sobranie zakonov*) remontant jusqu'à l'*Oulojenie* du tsar Alexis Mikhaïlovitch (1649).

Dans l'ancien droit russe, il n'y avait pas de dispositions légales relativement au régime des biens entre époux ; tout était réglé par la coutume et les traditions. Le mari faisait généralement à sa femme un cadeau de noces et les parents de la femme constituaient une dot à celle-ci lors de son mariage. Le mari avait l'administration et la jouissance de la dot et conservait les acquisitions et gains réalisés pendant le mariage. Après la mort de la femme, sauf le cas où on avait stipulé le retour de la dot au constituant, le mari la conservait en pleine propriété, s'il n'y avait point d'enfant ; en usufruit seulement, s'il y avait une postérité. Le mari n'avait la libre disposition des biens de la femme qu'en l'absence de toute stipulation contraire (173).

Le *Svod* est très-bref sur le régime matrimonial : il règle la matière en dix articles seulement (174). Cette concision s'explique par le système adopté qui est celui de la séparation absolue des biens entre époux, aussi bien quant à la propriété que quant à l'administration (175). Il est assez difficile de comprendre comment le régime primitif qui était analogue à notre régime sans communauté a pu se transformer en régime de séparation de biens. Cette révolution sans doute s'est opérée en Angleterre, mais lentement et peu à peu et sous l'empire de besoins inconnus en Russie. De plus, en Russie, l'état de fait est absolument contraire à l'état de droit et, tandis que la loi établit comme régime la séparation de biens, la pratique, s'il faut en croire M. Lehr, consacre la confusion des intérêts et le régime de communauté. C'est là un état de choses assez curieux à signaler.

(173) E. Lehr : *Eléments de Droit civil russe*, § 5.

(174) Saint-Joseph : op. cit., III, p. 288 et s.

(175) Lehr : op. cit., § 28.

En droit strict, le mariage n'établit entre les époux aucune communauté. La dot et les biens acquis par la femme ou pour elle à titre d'achat, de donation, de succession ou autrement lui appartiennent en toute propriété. Elle les administre seule et en jouit seule. Le mari n'a sur ces biens aucun droit, et s'il fait à leur occasion un acte de gestion quelconque, ce ne peut être qu'en vertu d'une procuration de la femme. Les créanciers du mari ne peuvent non plus exercer sur ces biens aucune action tant que la femme ne s'est pas engagée directement vis-à-vis d'eux ou ne s'est pas enrichie à leurs dépens des biens du mari. D'autre part, la femme ne saurait jamais engager les biens du mari, si ce n'est pour les dépenses usuelles du ménage qu'elle peut faire en vertu d'un mandat tacite admis par toutes les législations. Le droit de la femme sur ses biens ne se borne pas aux actes d'administration et de jouissance : il comprend aussi les actes d'aliénation. La femme peut seule, et sans aucune intervention de la part du mari, vendre, hypothéquer, engager ses biens de quelque façon que ce soit. La seule limite à son pouvoir de contracter des obligations, consiste dans la défense qui lui est faite de signer des lettres de change sans l'autorisation de son mari.

Si tels sont les pouvoirs de la femme sur sa fortune, ceux du mari sur la sienne propre ne sont pas moindres et il ne saurait avoir besoin du consentement de la femme pour les actes d'administration de jouissance, et de disposition qu'il veut accomplir à l'occasion de ses biens propres.

En résumé, qu'il s'agisse de biens présents, qu'il s'agisse de biens futurs, le principe est la séparation complète des deux patrimoines, séparation dont notre droit n'a aucune idée. Le mari et la femme sont sur un pied d'égalité parfaite et la femme jouit d'une liberté sans restriction. La situation des époux l'un vis-à-vis de l'autre est la même que vis-à-vis des tiers. Ils peuvent passer entre eux tels contrats qu'il leur plaît de faire ; la loi n'a pas cru devoir défendre, prohiber les ventes entre époux et obéir

aux préoccupations qui se sont fait jour dans l'art. 1595 du Code civil français. Deux restrictions ont cependant été apportées à cette capacité générale. Les créanciers de l'un des époux devenu insolvable peuvent exécuter les biens que leur débiteur a donnés à son conjoint depuis moins de dix ans, ou qui ont été achetés par l'autre époux avec des deniers fournis par l'insolvable. En second lieu, l'usufruit donné par l'un des époux à l'autre de tout ou partie de sa fortune ne sort à effet que si la constitution de l'usufruit remplit certaines conditions de forme et de fond, et si le bénéficiaire renonce à sa réserve légale et consent à remplir toutes les obligations d'un usufruitier ordinaire.

Tel est le régime légal officiel, si nous pouvons ainsi parler; nous avons vu que dans la pratique il en est tout autrement : « En réalité, nous dit M. Lehr, qui a fait une étude approfondie « du droit russe, les époux jouissent en commun des biens appartenant à chacun d'eux et cette communauté de fait est tellement enracinée dans les mœurs qu'on ne songe presque jamais à régler par un contrat formel les relations matrimoniales quant aux biens. »

Il est assurément singulier de voir un régime légal formellement consacré par la loi, supplanté par un régime qu'aucun contrat n'a établi entre époux.

Ce qui est le régime de fait dans presque toute la Russie se rapproche du régime de droit tel qu'il est organisé dans les gouvernements de Tchernigoff et de Pultava. La loi particulière de ces provinces se conformant mieux, semble-t-il, que le *Svod* à la véritable destination de la dot, décide que la jouissance de la dot sera commune aux deux époux, d'où il suit que la femme ne saurait, sans le consentement de son mari, aliéner les biens qui la composent. Mais là s'arrête ce commencement de communauté légale, et pour les autres biens qui peuvent appartenir à la femme, on doit s'en tenir, en théorie du moins, au droit qui régit le reste de la Russie.

2° POLOGNE

Jusqu'en 1825 la Pologne avait conservé intact le Code civil français, en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux ; mais une loi du 23 juin 1825 changea le livre I^{er} et le titre V du livre III et le remplaça par un autre livre I^{er} où on intercala les dispositions relatives au contrat de mariage. L'effet principal de cette réforme, a été de changer le régime légal de la Pologne (176).

Les règles de forme et de capacité demeurent ce qu'elles étaient auparavant. Le contrat de mariage doit être rédigé par acte authentique notarié, dressé avant le mariage et ne peut subir aucune modification pendant la durée de l'union conjugale. Disons enfin que bien avant la loi française la loi polonaise a prescrit pour la plus grande utilité des tiers la mention de la rédaction d'un contrat de mariage dans l'acte de célébration ; la sanction de cette loi est la nullité (art. 208). D'autre part, la loi de 1825 a maintenu le principe formulé dans notre art. 1398.

Les parties sont libres d'adopter tel régime qui leur convient et la loi de 1825 en prévoit et en règle plusieurs. Ce n'est qu'à défaut de convention des époux sur ce point, que le régime légal entre en vigueur. Ce régime légal était avant 1825 le régime de la communauté réduite aux acquêts : en 1825 on abandonna ce système pour adopter le régime allemand de la *Güterbindung*, c'est-à-dire de l'union de biens, régime qui, comme on sait, a les plus grandes analogies avec notre régime sans communauté.

D'après le *régime légal*, la dot de la femme est remise au mari qui l'administre et en perçoit les fruits et revenus. Ces revenus, de même que les bénéfices réalisés pendant le mariage et,

(176) St-Joseph : op. cit., III, page 93 et ss.—E. Lehr : op. cit. §§ 33 à 37.

en principe du moins, les gains acquis par la femme par son travail personnel, appartiennent exclusivement au mari. Ne restent propres à la femme que les biens qu'elle s'est expressément réservés par contrat de mariage et ceux qui lui viennent d'un testament ou d'une donation contenant une clause formelle en ce sens. A ces exceptions près, l'usufruit marital s'étend sur tous les biens présents et futurs de la femme : le mari est dispensé de la caution imposée à tout usufruitier et même de l'inventaire des biens de la femme ; mais si, confiant dans la loi, il néglige de faire inventaire, il s'expose à toutes preuves tendant à établir la consistance de la fortune de la femme (art. 194).

Le droit d'administration conféré au mari ne l'autorise pas à aliéner, à hypothéquer les biens de la femme ni à toucher ses capitaux sans son consentement formel. De même, le mari ne peut ester en justice relativement aux biens de la femme, soit comme demandeur, soit comme défendeur sans son consentement (177). Si les actes de disposition sont interdits au mari agissant seul, son droit d'administration est soumis à certaines restrictions : c'est ainsi que les baux qu'il consent des biens de la femme ne peuvent lier celle-ci ou ses héritiers pour plus de trois ans, nonobstant toute prorogation ou tout renouvellement par lui accordé au preneur.

Si le mari administre mal la fortune de la femme, ou si même il l'expose à subir une perte, ou lorsque les saisies opérées par les créanciers du mari suppriment les ressources du ménage, la femme se fait rendre par justice l'administration et la jouissance de sa fortune, mais elle a besoin de l'autorisation du mari ou à son défaut de justice pour les actes que le mari ne pouvait faire auparavant sans le consentement de la femme.

(177) Il est à peine besoin de dire que le mari recueillant tous les émoluments devra seul subvenir aux charges du ménage. S'il n'entretient pas convenablement sa femme et ses enfants, la femme pourra l'obliger par voie de justice à accomplir les obligations qui lui incombent de ce chef.

Tant que la femme a contre le mari une créance quelconque, elle jouit d'une hypothèque légale dont l'effet est subordonné à son inscription. Elle peut réclamer cette inscription sans autorisation aucune, même si elle est mineure. On donne en outre à la femme et à ses héritiers un privilège sur tous les créanciers personnels du mari, tant à l'égard des meubles que des immeubles (art. 205 et s.).

Le régime, dont nous venons d'exposer les lignes principales, n'est pas obligatoire pour les futurs époux qui peuvent le modifier ou le rejeter complètement pour en adopter quelque autre. Voici les principaux systèmes généralement suivis :

C'est d'abord le régime de la séparation de biens totale ou partielle. La femme se réserve la jouissance de sa fortune personnelle ; elle en conserve alors l'administration. La femme contribue naturellement aux charges du ménage ; si le contrat n'a pas déterminé sa part dans les dépenses, elle contribue dans la proportion de ses revenus et de ceux du mari. Si le mari administre les biens de sa femme en vertu d'une procuration expresse, il ne doit pas rendre compte comme un mandataire ; s'il n'agit qu'en vertu d'une procuration tacite, il se borne à rendre les fruits existants ; s'il a administré contre le gré de sa femme, il répond des fruits consommés. Sous ce régime, tout acquêt fait pendant le mariage est présumé appartenir au mari, sauf preuve contraire ; d'autre part, les linges, hardes et autres objets à l'usage de la femme lui restent toujours en propriété, quel que soit l'époux qui les ait payés de ses deniers (art. 213 à 217).

Les époux peuvent aussi adopter une sorte de régime dotal en stipulant l'inaliénabilité des biens de la femme, inaliénabilité qui emporte la prohibition de les hypothéquer (art. 218). Dès lors la femme, même avec le consentement du mari, ne peut plus les aliéner directement ou indirectement et les grever de charges quelconques. Cette stipulation ne saurait toutefois empêcher la femme de doter de ses immeubles dotaux ses en-

fants nés d'un premier mariage, avec l'autorisation de la justice à défaut du consentement du mari. Pour les enfants communs, l'autorisation du mari de les doter en immeubles de la femme est absolument indispensable (art. 219 à 221). Cette clause d'inaliénabilité peut, sous les restrictions que nous venons d'indiquer, s'appliquer à des capitaux immobiliers appartenant à la femme. Dans tous les cas, la prohibition d'aliéner soit un immeuble, soit un capital immobilier, n'est opposable aux tiers que si elle a été inscrite au registre hypothécaire (art. 222 à 225).

Le droit polonais connaît aussi le régime de la communauté de biens. L'art. 226 présume que la stipulation de communauté comprend tous les biens tant présents que futurs. Il faut une clause formelle pour que l'on n'applique pas les principes de la communauté universelle. La communauté revêt en Pologne le caractère qu'elle a en Autriche : elle est surtout organisée en vue de la mort de l'un des époux, le survivant recueillant la moitié des biens composant la masse totale telle qu'elle se tient et se comporte au moment du décès du conjoint (art. 227). Le mari administre les biens communs ; mais aucun des époux ne peut, sans le consentement de l'autre, aliéner, grever de droits quelconques la moitié des biens immeubles et des capitaux immobiliers qu'il a mis dans la communauté. La masse totale se partage par moitié, déduction faite des dettes respectives des deux époux. Toutefois, la situation de la femme est plus favorable que celle du mari ; elle peut choisir entre l'acceptation et la répudiation de la communauté. En cas d'acceptation, on procède au partage. Si la femme renonce à la communauté, elle reprend ses biens qui, en fait, n'ont jamais été communs et elle se décharge ainsi des dettes qui grèvent la communauté. Mais en cas de renonciation, ses dettes personnelles restent à sa charge et la femme ne pourra se prévaloir du droit héréditaire que la loi lui donne suivant les cas sur tout ou partie des biens de son mari.

3° PROVINCES BALTIQUES

Le droit en vigueur dans les provinces baltiques diffère peu du droit polonais, au moins quant aux régimes matrimoniaux connus. Les différences qui séparent ces deux législations portent surtout sur le contrat de mariage. Nous ne pouvons ici donner que des principes généraux et exposer les règles ordinairement suivies, car le droit des trois provinces est loin d'être uniforme. Dans chacune d'elles on trouve, en effet, un droit provincial, un droit urbain, un droit des paysans ; souvent même certaines villes comme Narva et Pilten ont un droit particulier (178).

Le contrat de mariage est conclu avant ou après la célébration du mariage, et peut être modifié dans la suite en vertu d'un accord des deux époux, réserve faite des droits acquis aux tiers dans l'intervalle. Le contrat est fait en justice ou extrajudiciairement, mais il n'est opposable aux tiers que s'il a été publié par voie de justice. Les époux majeurs et maîtres de leurs droits contractent seuls ; s'ils sont encore soumis à la puissance d'un père ou d'un tuteur, ils doivent être assistés par lui.

La dot est librement constituée à la femme, soit par des parents ou des tiers, soit par elle-même. Par exception, les nobles esthoniens sont obligés de donner à leur fille une dot en rapport avec leur rang et leur fortune.

Quant aux régimes consacrés par les lois des provinces baltiques : ce sont la *Güterverbindung* pure et simple dans le *Landrecht* des trois provinces ; ce même régime avec quelques modifications dans le *Stadtrecht* esthonien et enfin la communauté dans le *Stadtrecht* livonien ; ils constituent en ces divers pays le régime de droit commun.

Le régime de l'union de biens, de beaucoup le plus répandu,

(178) E. Lehr : op. cit. §§ 38 à 50.

est soumis aux mêmes règles que dans le droit polonais. Le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens de sa femme à l'exception de ceux que la loi ou le contrat de mariage ont réservés à cette dernière. Ainsi échappent au mari les biens réservés par le contrat ou donnés à la femme à condition qu'elle en jouira seul, les bénéfices qu'elle retire d'un commerce exercé par elle avec l'autorisation du mari, enfin les revenus des biens réservés. Pour tous les autres biens, le mari fait seul les actes d'administration et de conservation qui sont nécessaires ; mais il ne peut, sauf en Courlande, les aliéner ou les grever d'une charge quelconque sans le consentement de la femme. Le mari perçoit et acquiert tous les revenus et fruits produits par la fortune de la femme à charge de subvenir à l'entretien du ménage. Le mari ne répond que de sa faute et ne doit aucune indemnité pour les dépréciations qui ne viennent pas de son fait.

La femme administre ses biens réservés et en jouit, sauf à répondre sur ces biens de ses dettes antérieures au mariage ou contractées pendant le mariage. Elle peut se faire restituer l'administration et la jouissance de sa fortune entière, si le mari tombe en faillite ou par une mauvaise gestion compromet gravement la fortune de la femme. Il y a lieu alors à restitution en nature des biens confiés au mari, en valeur seulement des biens estimés et des choses fongibles après récompense au mari des dépenses nécessaires faites par lui pour les immeubles. Est-il besoin de dire que les dettes de la femme n'engagent pas le mari, à moins qu'il ne s'agisse des dépenses intérieures de la maison, ou de dépenses absolument nécessaires, à moins encore que le mari n'ait profité des opérations de la femme.

Le régime matrimonial des villes d'Esthonie ne diffère pas de celui que nous venons d'exposer (179). Si le mari autorise sa femme à exercer un commerce séparé, les obligations, par elle contractées, grèvent ses biens réservés et aussi les biens soumis

(179) E. Lehr : op. cit., § 45.

à l'administration maritale. En second lieu, la femme ne répond pas en principe des dettes de son mari ; mais il en est autrement dès que les époux ont un enfant commun et nonobstant la mort de cet enfant. C'est là une disposition singulière qu'on peut peut-être comparer aux anciennes coutumes françaises établissant la communauté entre époux à la naissance d'un enfant.

Le *Stadtrecht* de Narva et des villes livoniennes établit comme régime légal la communauté universelle de tous les biens présents et futurs, meubles et immeubles des époux, acquis à titre gratuit ou à titre onéreux. On excepte cependant de la communauté les immeubles situés hors du territoire de la ville et les biens réservés à chaque époux par le contrat de mariage. Le mari a l'administration et la jouissance de la masse, mais il ne peut faire sans le consentement de sa femme aucun acte de disposition sur les biens inscrits au nom de sa femme sur les registres judiciaires ou achetés conjointement par les deux époux. Toutes les dettes du mari, quelle qu'en soit la cause, grèvent la communauté. Quant à la femme, elle ne peut seule pendant le mariage obliger la communauté : celles de ses dettes qui sont antérieures au mariage doivent être payées sur ses biens personnels d'abord, ensuite mais subsidiairement sur la masse jusqu'à concurrence des biens qu'elle y a apportés.

Ce régime n'est pas immuable et si les époux quittent la ville ou rédigent un contrat formellement contraire, la communauté cesse de produire effet. La communauté cesse aussi par la mort de l'un des époux ou par le divorce. En cas de mort, la masse se partage également entre les deux époux. En cas de divorce, chaque époux reprend ses apports et ses acquisitions personnelles, puis on partage le reste par moitié entre les deux époux.

4° GRAND DUCHÉ DE FINLANDE.

Les lois régissant la matière, abolissant ou complétant les

articles du Code suédois de 1734, ont été votées par la Diète de 1867 et promulguées le 9 novembre 1868 (180).

Une première loi règle les conditions de forme et de capacité requises lors de la rédaction du contrat de mariage. Le contrat de mariage doit être rédigé avant le mariage et sa rédaction doit être constatée par des témoins et par le prêtre qui a célébré le mariage. Il est immuable et les époux ne peuvent en changer l'effet par des actes quelconques de disposition. Le contrat est fait par les deux époux, s'ils sont majeurs ; si la future épouse n'a pas vingt et un ans, elle est représentée par son père ou son tuteur qui contracte avec son consentement (181).

Le seul objet du contrat est de mentionner les biens que chaque époux apporte en mariage et ceux dont il se réserve la disposition. Le régime obligatoire est la communauté universelle, dans laquelle rentrent tous les biens présents et futurs des époux et dont on excepte seulement les biens ruraux hérités ou acquis avant le mariage par l'un des époux, leur valeur s'ils ont été vendus et les biens donnés à l'un des époux à condition qu'ils ne tomberont pas en communauté.

Une autre loi datant de la même époque permet à l'un des époux de demander aux tribunaux la séparation de biens entraînant dissolution de la communauté, lorsque son conjoint a contracté des dettes excédant sa part dans la communauté et sa fortune personnelle. La femme peut en outre demander la séparation judiciaire, si le mari a abusé de son droit d'administration, s'il a fait subir des pertes à la communauté, et enfin s'il lui a fait contracter des dettes sans profit. Ensuite du jugement pronon-

(180) *Annuaire de la Société de lég. comp.*, IX, 1880, pages 742 et ss.

(181) Autrefois, les femmes non mariées étaient en tutelle perpétuelle. Une loi du 31 octobre 1864 les déclare majeures à vingt-cinq ans de plein droit, et à vingt et un ans si elles le demandent. La même loi permet aux filles âgées de vingt et un ans de se marier seules. — Même annuaire, page 731.

çant la séparation, la femme a l'administration et la libre disposition de sa fortune et garde la propriété exclusive de tous les biens qui lui adviennent après la demande en séparation. Mais ce que les époux gagnent par leur travail reste confié à l'administration du mari et sert à l'entretien du ménage. La séparation se demande, soit contre le conjoint, soit contre les créanciers saisissants. Les époux peuvent toujours renoncer au bénéfice de la séparation et rétablir d'un commun accord le régime antérieur.

L'époux survivant pour n'avoir pas à payer certaines dettes, dont légalement il n'est pas responsable, devra dans un délai donné, accomplir certaines formalités indiquées par la loi sur le paiement des dettes en cas de décès. S'il y manque, il sera solidairement tenu avec les héritiers de son conjoint de toutes les dettes par lui contractées.



SECONDE PARTIE

DROIT INTERNATIONAL

Par l'étude, que nous venons de faire des régimes matrimoniaux consacrés par les lois de la plupart des nations civilisées, on peut voir quelles différences nombreuses séparent ces diverses législations. Ces différences, qui portent tantôt sur le principe même du régime, tantôt sur ses applications et sur des points de détail, nous permettent de dire qu'en notre matière, il n'y a pas deux législations absolument semblables. Et cette observation s'applique non pas seulement au régime matrimonial, mais au contrat de mariage lui-même et à la capacité requise des parties contractantes. Les causes de cette diversité presque infinie, nous les avons cherchées ou dans les mœurs et les traditions du pays, ou dans son organisation politique. Il nous faut maintenant chercher la solution des conflits qu'elle peut amener. Nous n'avons pas la prétention, il est presque inutile de le dire, d'examiner toutes les questions qui se présentent à ce sujet : ce serait faire un traité de droit international complet, puisque nous devons nous occuper des statuts réel et personnel, en même temps que des effets des conventions. Un tel travail nous ferait sortir des limites que nous avons assignées à cette étude. Sans discuter les principes eux-mêmes, nous les supposerons établis, et nous en étudierons les applications spéciales au contrat de mariage.

Il n'est pas sans utilité de rappeler le fondement sur lequel

repose le droit international, la règle qui préside aux règlements des conflits qui peuvent s'élever entre diverses législations. En principe, une nation peut seule faire la loi sur son territoire et régler la condition des personnes qui y habitent et des choses qui y sont situées. Dans cette mesure, sa souveraineté est absolue, mais, par contre, les lois qu'elle édicte ne peuvent jamais franchir ses frontières pour exercer leur empire sur des individus ou des choses qui se trouvent à l'étranger : c'est là le droit absolu. Mais, comme le dit le vieux brocart, *summum jus, summa injuria*. Sous la pression des circonstances, les peuples ont compris que leur intérêt bien entendu les obligeait à faire des concessions aux législations étrangères, afin qu'à leur tour, ils pussent en obtenir des nations étrangères. A cette considération essentiellement pratique, est venue s'ajouter une idée de convenance et de courtoisie à établir dans les rapports qui naissent entre peuples civilisés. C'est la théorie brillamment développée par M. Story et acceptée par la plupart des jurisconsultes qui se sont occupés de droit international, et parmi lesquels nous citerons MM. Zachariæ, Fœlix et son savant commentateur M. Demangeat, Martens et avec certaines réserves par M. Laurent.

« L'homme, dit M. Fœlix (182), est sujet de la loi sous le triple « rapport de sa personne, de ses biens et de ses actes. » C'est de là qu'est née la théorie traditionnelle des trois classes de lois ou statuts : le statut personnel, le statut réel, le statut concernant les actes de l'homme. Cette distinction, sans doute, ne permet pas de classer par catégories tous les problèmes de droit international qui peuvent se présenter, mais elle est commode dans la pratique et donne au raisonnement une précision suffisante : le Code civil l'a consacrée (art. 3).

Le statut personnel comprend toutes les dispositions qui ont pour objet principal et prédominant de régler l'état des per-

(182) Fœlix et Demangeat : *Traité de droit international privé*, 4^e éd., t. I, § 20.

sonnes et leur capacité. Le statut personnel suit l'individu en quelque pays qu'il se trouve. Il est nécessaire à la sécurité des tiers que la capacité d'une personne ne varie pas, qu'elle soit fixée une fois pour toutes. La solution qui s'imposait consistait à en chercher les limites dans sa loi nationale. Le législateur de chaque pays connaît mieux que personne l'intelligence, les mœurs et les tendances de ses nationaux ; mieux que personne, il sait à quel âge on peut les déclarer capables des actes de la vie civile. La doctrine qui veut faire dépendre l'état et la capacité des individus de la loi de leur domicile compte peu de partisans en France du moins. L'étranger peut toujours se prévaloir de sa loi personnelle, même si un Français doit souffrir de l'application de cette loi, même si la loi étrangère maintient ou fait tomber des actes que la loi française annule ou maintient. Il est toutefois à cette règle des exceptions. L'étranger a usé de fraude pour faire croire à une capacité qu'il ne possédait pas : *fraus omnia corrumpit*. Ainsi encore, la loi que l'étranger invoque est contraire à l'ordre public tel qu'on le comprend dans le pays où il veut s'en prévaloir : il est inadmissible dans une telle hypothèse que la souveraineté locale soit forcée de s'incliner devant la loi étrangère ; le statut personnel ne saurait prévaloir.

Quant au statut réel, il contient des lois dont le but direct et immédiat est de régler la condition juridique des biens. La loi nationale doit s'étendre à toutes les fractions quelconques du territoire. La constitution de la propriété en un pays donné est intimement liée à son organisation politique et à sa vie économique. On ne saurait concevoir que des lois étrangères, à la rédaction desquelles le pays n'a pris aucune part, puissent venir porter chez lui le trouble et la perturbation. Ainsi la loi française régit tous les immeubles français même appartenant à des étrangers et ne régit évidemment que ceux-là. Elle règle les modes et les formes de transmission, les droits réels dont ils peuvent être grevés, etc... Quant aux meubles pris individuellement, ils sont évidemment soumis à la même règle que les immeubles. Si on

considère les meubles comme formant une universalité, ce qui ne se présente guère qu'en matière de succession, on admet qu'ils ont leur situation au domicile de leur propriétaire et on leur applique les lois qui ont cours dans le pays où se trouve ce domicile : c'est une théorie traditionnelle qui n'a rien d'incompatible avec la réalité des choses.

Pour les actes que l'homme fait, et par actes nous entendons les actes juridiques tels que les conventions, il faut faire des distinctions. La volonté de l'homme qui les crée échappe à la loi, mais la loi impose l'observation de certaines formalités. Les formalités intrinsèques et habilitantes se rapportent à la capacité de l'individu et tombent sous le coup de sa loi nationale. Quant aux formalités requises de qui veut faire exécuter la convention, elles sont du domaine de la procédure et dépendent le plus souvent de la loi du pays où l'exécution a lieu. On ne comprend dans le statut des formes proprement dit que les formalités extrinsèques, c'est-à-dire celles qui sont relatives à la rédaction de l'*instrumentum*, que ces formalités soient requises *ad probationem tantum* ou bien *ad solemnitem*. Pour savoir quelles formes doivent être observées, on ne se réfère plus à la loi personnelle des parties ou à la loi de la situation des biens auxquels l'acte peut se rapporter ; on s'arrête généralement à la loi du lieu où les parties ont contracté en vertu de l'adage *Locus regit actum*. Mais le statut des formes est, si l'on peut ainsi parler, moins nettement défini que les deux autres statuts. La part à faire à l'imprévu est bien plus considérable à cause de l'importance bien différente que la loi attache aux questions de forme.

Ces principes rappelés aussi sommairement qu'il était possible de le faire, nous allons entrer dans le vif du sujet. La plus grande difficulté du sujet consistera précisément à distinguer ce qui, dans le contrat de mariage, touche à la capacité des parties, ce qui se rapporte aux formes de l'acte même. Faisons ici une observation très-importante. La question de statut ne peut se poser que si l'on se trouve en face d'une disposition formelle de

la loi. Si la loi permet aux parties de se substituer à elle et d'écartier ses prescriptions par des prescriptions contraires, il n'y a plus à proprement parler de loi, de statut. C'est ce que dit fort bien l'art. 1134 de notre Code civil. Nous n'insistons pas sur cette remarque dont nous établirons la vérité plus tard et dont nous étudierons les conséquences.

Dans le contrat de mariage, tel qu'il est traité dans le Code, nous trouvons trois choses : on s'occupe 1° de la forme de l'acte en lui-même considéré en tant qu'*instrumentum* ; 2° de la capacité des époux contractants ; 3° enfin des régimes matrimoniaux qui peuvent être adoptés par les époux. Modifiant légèrement l'ordre suivi par la loi, nous adopterons le plan suivant :

CHAPITRE I^{er}. — *De la capacité requise pour passer un contrat de mariage.*

CHAPITRE II. — *Des formes à observer dans la rédaction du contrat de mariage.*

CHAPITRE III. — *Du régime matrimonial adopté par les époux.*

Plusieurs lois se trouvant en conflit, nous rechercherons dans ces diverses hypothèses quelle loi devra l'emporter.

CHAPITRE I^{er}

De la capacité requise pour passer un contrat de mariage

Nous supposons qu'un homme et une femme de nationalité différente passent un contrat de mariage, soit dans le pays de l'un des futurs époux, soit dans un autre pays. A quelle loi devra-t-on se référer pour savoir si les parties contractantes sont capables de consentir les clauses et stipulations insérées au contrat ?

En principe la question réduite à ces termes est simple. On devra appliquer à chacun les règles édictées par sa loi nationale : pour le mari, nulle difficulté ; et en ce qui touche la femme, le mariage ne lui ayant point encore donné la nationalité de son époux, elle reste soumise à sa loi personnelle. La capacité de l'individu est l'élément essentiel de sa personnalité : or, c'est sa loi nationale qui crée sa personnalité en le déclarant apte à jouir des droits, à participer aux actes de la vie civile. Cette personnalité le suit en quel pays qu'il aille. Dès que sa loi personnelle l'a jugé capable de contracter, il est présumé capable de contracter en quelque pays que ce soit : la maturité de son esprit ne varie pas suivant les pays dans lesquels il se transporte. Ceci s'applique facilement à l'individu majeur.

Mais dans presque tous les pays, la loi locale crée en faveur du mariage une majorité spéciale. Le mineur, incapable encore de faire les autres actes de la vie civile, peut, en vertu de certaines dispositions particulières de la loi locale, se marier avant d'avoir atteint la majorité de droit commun. Le mineur pourra en tous pays se prévaloir sur ce point de son statut personnel,

mais il devra se conformer aux prescriptions que les lois, qui lui accordent ce droit, apportent toujours à son exercice. Ces prescriptions constituent ce qu'on appelle les formalités habilitantes : l'individu n'a reçu qu'une demi-capacité ; sa loi exige qu'il la complète par l'intervention de certaines personnes qu'il désigne, le mineur se conforme à cette loi. Prenons un exemple. Le Code italien et le Code français permettent au mineur qui a atteint un certain âge de se marier et de faire à l'occasion de son mariage telles stipulations qu'il voudra. Mais se méfiant de sa faiblesse et de son inexpérience, elles lui prescrivent de se faire assister lors de la rédaction du contrat par les personnes dont le consentement était requis pour la validité de son mariage. Qu'un mineur italien ou français se marie hors de son pays, il devra se faire assister des personnes désignées par sa loi nationale, alors même que la loi locale permettrait au mineur de rédiger seul son contrat de mariage.

Allons plus loin : En France, ce sont les époux eux-mêmes qui doivent rédiger le contrat de mariage ; nul n'est admis à les représenter, si ce n'est un mandataire pourvu d'une procuration spéciale et authentique. Il n'en est pas de même dans tous les pays. En Autriche, la future épouse ne peut, si elle est mineure, être partie au contrat. elle est représentée par son père ou par son tuteur. La mineure autrichienne se mariant en France, ne saurait être forcée de prendre part à la rédaction du contrat ; bien plus, si elle stipulait seule en son nom, le contrat devrait être annulé par les juges français comme ayant été consenti par une personne incapable. Si donc on suppose qu'il s'agisse du mariage d'un mineur français avec une femme mineure autrichienne, le contrat sera passé entre le futur mari agissant personnellement mais assisté de certaines personnes d'une part, et de l'autre par le père ou le tuteur de la future épouse, quelles que soient d'ailleurs les prescriptions de la loi locale.

Si le futur époux était, non plus mineur, mais interdit ou

frappé d'une incapacité partielle, on devait lui appliquer les règles de son statut personnel. Pour importe d'ailleurs que des tiers français aient eu à souffrir. L'étranger, de son côté, se prévaudra de son statut personnel pour faire tomber le contrat qu'il a fait à l'encontre de sa loi personnelle. Mais, comme nous l'avons déjà dit, la fraude fait exception à toutes les règles, et, si l'étranger a usé de dol pour faire croire à sa majorité, à sa pleine capacité, l'époux français abusé ou les tiers qui de bonne foi ont contracté sur la présentation du contrat de mariage pourront se prévaloir des clauses qu'il renferme, nonobstant son annulation prononcée judiciairement.

Le statut personnel ne comprend pas seulement les principes qui régissent l'état et la capacité des personnes, il s'étend en outre à ce qu'on appelle les formalités intrinsèques, ou mieux encore, les conditions de fond du contrat. Ainsi tout ce qui touche l'objet, la cause du contrat, le consentement des époux tombe sous le coup du statut personnel. D'après cette loi, on déterminera les conditions nécessaires et suffisantes pour que ce consentement soit valable et efficace ; d'après cette loi, on appréciera les vices qui peuvent diminuer son empire. C'est là une question sur laquelle nous ne voulons pas insister. Nous nous bornerons à faire remarquer avec M. Laurent (183) que toutes les législations supposent une cause et un objet au contrat qu'il est difficile évidemment de concevoir sans ces deux éléments ; d'autre part, les vices du consentement reconnus par les diverses législations sont à peu près les mêmes partout : il n'y aura donc sur ce point que de très rares conflits.

Nous croyons aussi devoir placer sous l'empire du statut personnel des futurs époux la disposition de l'art. 1394 qui impose aux Français se mariant en France l'obligation de rédiger leurs conventions matrimoniales avant la célébration du mariage. La

(183) Laurent : *Le Droit civil international*, II, § 255.

même observation s'applique à l'art. 1395 qui n'est en somme que le corollaire de l'article précédent. L'opinion contraire domine dans la jurisprudence et dans la doctrine. Nous allons examiner les raisons que l'on peut présenter à l'appui de l'un et de l'autre système.

La principale raison, et nous dirons presque la seule raison, sur laquelle se fonde l'opinion adverse est tirée de la place qu'occupe dans le Code civil la disposition dont il s'agit. En effet l'art. 1394 s'occupe de la forme même du contrat de mariage et exige qu'on emploie la forme authentique. Ne serait-il pas étrange que dans le même article, dans la même phrase, il pût s'agir à la fois d'une question de forme et d'une question de capacité? Evidemment oui. Il ressort des travaux préparatoires que le législateur n'a eu, en rédigeant cet article, qu'un but : régler la forme dans laquelle le pacte matrimonial devra être rédigé. Or, s'il est un principe incontestable en droit international, c'est que la forme d'un acte est déterminée par le lieu de sa passation. Ce sera donc cette loi qui tranchera la question de savoir si le contrat de mariage sera rédigé par acte authentique ou par acte sous seing privé et en même temps celle de savoir si la rédaction du contrat devra précéder ou pourra suivre la célébration du mariage. MM. Aubry et Rau (184) adoptent ce système : « La règle posée par l'art. 1394, disent-ils, « ne crée point une incapacité rentrant dans le statut personnel, « et qui, à ce titre, suive le Français en quelque pays qu'il aille « s'établir. Elle n'atteint donc pas le Français qui, établi en « pays étranger, s'y est marié avec une étrangère sous l'empire « d'une loi d'après laquelle la passation d'un pareil contrat « peut avoir lieu après la célébration du mariage. Dans cette « hypothèse les conventions matrimoniales et les donations « contenues dans un contrat passé postérieurement à la célé-

(184) Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, page 111.

« bration du mariage sont tout aussi valables et irrévocables que
« si l'acte avait été dressé dès avant cette époque. »

Un grand nombre d'auteurs adoptent l'opinion de MM. Aubry et Rau. Quant à la jurisprudence, elle est, jusqu'à présent du moins, absolument fixée en ce sens. Tous ses arrêts appliquent aux dispositions contenues dans l'art. 1394 la règle : *Locus regit actum*. Un arrêt de la cour de cassation a tranché la question en ce sens (185) en 1855. De raisons nouvelles, la cour n'en donne point : notre arrêt, comme il arrive trop souvent en matière de droit international, se borne à poser en principe la solution qui est précisément sujette à discussion. Il s'agissait, dans l'arrêt rendu le 11 juillet 1855, d'un Français, né en Corse, Tullius Orsini, qui avait épousé en Toscane une étrangère, et n'avait rédigé son contrat de mariage que huit mois après la célébration de son union, cela conformément au droit toscan qui suivait en ce point les prescriptions du droit romain. L'arrêt dit que les époux ont voulu soumettre leurs intérêts civils aux lois en vigueur en Toscane, c'est-à-dire au droit romain qui, en cette matière, y est encore suivi..... « et que la détermination de l'é-
« poque à laquelle doit intervenir ce pacte, comme tout ce qui
« tient à sa forme extérieure, est soumise à l'empire de la règle
« *Locus regit actum*... » Deux arrêts rendus, l'un par la Cour de Montpellier le 25 avril 1844 (186), et l'autre par la Cour de Toulouse le 7 mai 1866 (187), adoptent la même solution sans donner plus de motifs. Il s'agit dans les deux cas de Français ayant épousé en Espagne des femmes du pays et n'ayant rédigé leurs conventions matrimoniales que postérieurement à la célébration du mariage. Ces contrats sont déclarés valables et opposables aux tiers français comme ayant été passés dans les formes

(185) Affaire Giovanetti : Cass. ch. civ. 11 juillet 1855. D. P. 1856, I, 6 et Sir. 1855, I, 699.

(186) Affaire Casadumont : D. P., 45, II, 36, et Sir., 45, II, 7.

(187) Affaire Sala : D. P. 66, II, 109.

usitées en Espagne conformément à la maxime *Locus regit actum*.

Les arrêts que nous venons de citer ont tous commis une confusion qui explique peut-être la solution qu'ils ont donnée à la question de savoir à quelle époque le contrat de mariage devait être rédigé. Avant de décider que le contrat doit être rédigé suivant les formes locales, les magistrats constatent toujours que les époux ont voulu se soumettre au régime matrimonial usité dans le pays et qu'ils ont fixé dans ce pays leur domicile matrimonial : l'arrêt semble conclure de ce fait à l'application de la règle *Locus regit actum*. N'est-ce pas là une erreur grave ? Autre chose est le contrat de mariage, autre chose est le régime des biens des époux ; l'article 1394 du Code civil ne traite pas une question de régime, il formule seulement une règle obligatoire pour les Français qui ne peuvent sous aucun prétexte se soustraire à ses prescriptions (188).

Beaucoup d'auteurs éminents repoussent cette théorie et refusent d'appliquer la règle *Locus...* à la disposition légale dont nous nous occupons. Mais les motifs varient avec les jurisconsultes et il en est auxquels nous ne saurions nous rallier. M. Laurent (189), dans ses Principes de droit civil français, déclare que le principe établi par l'art. 1394 est applicable aux contrats de mariage que les Français passent en pays étranger. Voici son raisonnement : « Dans les contrats solennels, la forme et tout
« ce qui y touche, sont de la substance du contrat. Des con-
« ventions matrimoniales faites après le mariage ne sont donc
« pas un contrat de mariage. Il faut appliquer à l'époque ce que
« nous avons dit de l'authenticité des actes reçus à l'étranger (n° 49).
« On objecte que les dispositions des art. 1394 et 1395 ne créent
« pas une incapacité personnelle de contracter et ne forment,
« par conséquent, pas un statut personnel qui suive, comme tel,

(188) Demangeat sur Fœlix, I, p. 85.

(189) Laurent, t. XXI, § 58.

« les Français à l'étranger. C'est mal poser la question : la maxime *Locus regit actum* constitue une loi à part que l'on ne peut classer ni dans les statuts personnels ni parmi les statuts réels ; c'est un statut particulier qui doit être interprété d'une manière différente selon la diversité des actes. »

En un mot, voici ce que dit M. Laurent. A tort ou à raison, nous étudierons cette question plus tard, M. Laurent prétend que lorsqu'une loi prescrit *ad solemnitatem* l'emploi de certaines formes, l'individu né sous l'empire de cette loi ne peut omettre ces formes qui constituent l'essence même de l'acte, la condition *sine qua non* de son existence (190). A cette condition seulement, l'individu, par exemple le Français, donnera à l'acte qu'il fait, dans l'espèce un contrat de mariage, l'autorité et l'effet qu'il doit avoir d'après le Code civil. Si donc M. Laurent écarte la maxime *Locus...* ce n'est pas parce qu'il voit dans la prescription de notre article une règle de capacité c'est par application d'une théorie tout à fait personnelle en vertu de laquelle il fait entrer pour ainsi dire les formes solennelles des actes dans le domaine du statut personnel.

Notre règle appartient, croyons-nous, aux conditions d'état et de capacité des personnes. D'abord, cherchons les motifs qui ont amené le législateur à prohiber les contrats rédigés après la célébration du mariage. M. Laurent (191), après Troplong les a fort bien déduits de l'exposé des motifs du titre du contrat de mariage et du discours du tribun Siméon. On a défendu la rédaction du contrat de mariage après le mariage lui-même, comme on avait défendu les donations entre époux dans l'ancien droit, parce que l'on craignait qu'un des époux n'abusât soit de l'affection, soit de l'autorité conjugale, pour extorquer à son con-

(190) Laurent : *Droit international*, II §§ 238 et 241. — Dans le même sens voir M. Bertauld : *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, t. I, § 154.

(191) Laurent : *Droit civil français*, t. XXI, § 57.

joint des donations ruineuses. Si le conjoint même a la force de résister à cette pression, on assure la paix du ménage en enlevant toute chance de gain à un époux cupide. C'est là évidemment une mesure prise dans l'intérêt de la personne; on l'a déclarée incapable de consentir un contrat de mariage, dès le moment où le mariage consommé eût pu mettre l'un des époux à la discrétion de l'autre. N'est-ce pas une disposition analogue à celle qui prohibe les ventes entre époux ? Pourquoi la Cour de cassation fait-elle de notre article une règle de forme quand elle annule en vertu de l'art. 1585 les ventes faites par un mari à sa femme en pays étranger, de biens situés, eux aussi, en pays étranger (192) ? C'est une contradiction flagrante. En maints endroits de notre Code civil, on trouve des dispositions semblables qui ne sont certainement pas des règles de forme : ainsi l'art. 472 qui interdit tout traité à intervenir entre le tuteur et son ex-pupille avant la reddition de comptes de la gestion du tuteur et l'expiration d'un certain délai après la clôture des comptes ; ainsi encore l'art. 909 qui interdit aux gens de l'art et ministres du culte qui ont assisté une personne dans sa dernière maladie de se prévaloir des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait pu faire en leur faveur pendant le cours de cette dernière maladie.

Quelle est d'ailleurs la règle en matière de capacité ? Le principe, c'est qu'un individu est capable de contracter partout et toujours. Pour des motifs particuliers, par crainte d'abus d'influence, on vient limiter cette capacité dans le cas tout spécial où il s'agit du contrat de mariage. L'exception n'aurait pas le même caractère que la règle ? Une telle théorie nous semble inadmissible quelle que soit d'ailleurs l'autorité des auteurs qui la professent.

Nous avons emprunté la plupart de nos arguments au savant commentateur, de Félix. M. Laurent le cite à plusieurs reprises et semble approuver, sur les art. 909, 1094, 1098 (193), l'opinion

(192) Demangeat sur Félix, t. I, page 85.

(193) Laurent : *Droit civil international*, t. II, §§ 153 et 154.

de M. Demangeat, qui est sur ces divers points, comme sur bien d'autres, en contradiction formelle avec l'auteur qu'il commente ; puis lorsque M. Demangeat applique sa théorie au contrat de mariage, M. Laurent l'abandonne sous prétexte qu'il s'agit de formes substantielles, essentielles, d'un statut formel nomade et vagabond. Quelle serait l'opinion du savant jurisconsulte belge si la loi prescrivait, non plus un acte authentique, mais seulement un contrat de mariage sous seing privé ayant date certaine avant le mariage?

Enfin, l'immutabilité imposée aux époux par l'art. 1395 est le corollaire de l'art. 1394 et la sanction de la prohibition qu'il porte. Dira-t-on qu'il est relatif seulement à une question de forme ? En matière de convention, n'est-il pas permis aux parties capables et maîtresses de leurs droits de rompre d'un commun accord les conventions qu'un commun accord a créées ? L'authenticité de l'acte de donation empêcherait-elle une pareille annulation de la donation par *mutuus dissensus* ? Assurément non. Si la loi pour le contrat de mariage prescrit ce mode d'extinction des obligations qui en naissent, c'est qu'elle présume que moralement parlant l'une au moins des parties n'a plus son entière indépendance, sa volonté entière, qu'elle est devenue en quelque sorte incapable de consentir librement. La loi craint les surprises même dans l'intervalle très court qui sépare la rédaction des conventions matrimoniales, de la célébration du mariage lui-même, et prend pour et contre les époux des mesures protectrices énumérées dans l'art. 1397 que nous rangeons, lui aussi, dans le statut personnel des futurs conjoints.

Parmi les auteurs qui adoptent ce système, nous pouvons citer M. C. Brocher (194), M. Fiore (195) et enfin Dalloz (196).

(194) Brocher : *Nouveau traité de droit international privé*, § 83, page 247.

(195) P. Fiore : *Droit privé international*, §§ 328 et 329. — Trad. de M. Pradier Fodéré.

(196) Dalloz : *Répertoire de jurispr.* V^o *Contrat de mariage*, § 316. — Dalloz Pér. sous les arrêts ci-dessus cités.

Donc le Français se mariant à l'étranger devra, qu'il épouse une Française ou une étrangère, procéder à la rédaction de son contrat de mariage avant la célébration de l'union conjugale. Mais il n'en sera plus de même s'il s'agit d'une Française épousant hors de France un mari étranger. Elle acquiert alors par le fait même de son mariage la nationalité de son mari et sa loi nationale nouvelle tiendra en échec la loi française.

Jusqu'ici, nous avons supposé un contrat de mariage passé à l'étranger et dans lequel un de nos nationaux est partie ; prenons l'hypothèse inverse et supposons que les conventions matrimoniales soient rédigées en France. Si les deux époux, ou le mari seulement, sont français, les art. 1394 et 1395 recevront leur entière application. Mais si le mari et la femme sont étrangers à notre pays, faudra-t-il appliquer notre système et dire : nous sommes en face de lois de capacité ; la loi de ces étrangers leur permet de rédiger leur contrat après le mariage, ils auront le droit de se prévaloir en France de cette disposition de leur loi nationale. Nous ne le croyons pas. Pour nous, l'ordre public français est en cause dans cette question. Sans doute, le législateur en rédigeant les art. 1394 et 1395 a eu vue surtout l'intérêt des époux ; mais il s'est aussi préoccupé des intérêts des tiers qui, ayant traité avec les époux sur la foi d'un contrat de mariage, ne peuvent voir leur gage diminué par des modifications que les conjoints apporteraient à leur pacte matrimonial. Et même à ne considérer que les rapports des deux époux, n'est-elle pas essentiellement d'ordre public, la disposition légale, qui tend à maintenir la paix et l'harmonie dans le ménage ? C'est pourquoi nous interdirons aux époux étrangers de faire en France des conventions matrimoniales qui contreviendraient aux prescriptions des art. 1394 et 1395 alors même que leur loi nationale ne contiendrait pas une semblable prohibition (197).

Il en serait tout autrement, si l'étranger se bornait à invoquer

(197) Brocher : op. cit., § 83 *in fine*.

en France un contrat fait dans sa patrie postérieurement au mariage. Un tel contrat ayant été valablement fait devra valoir en tout pays, et l'ordre public français ne sera nullement atteint. Nous ferons cependant sur ce point quelques réserves. D'abord, nous refuserons à l'étranger le droit de se prévaloir de ce contrat s'il a été rédigé en vue de faire fraude à la loi française et aux créanciers français. Ainsi, des époux étrangers domiciliés depuis longtemps en France, passent la frontière dans le but unique de tourner les prescriptions des art. 1394 et 1395 : il y aura là une tentative de fraude que nos tribunaux devront pouvoir déjouer. En second lieu, si nous mettons même de côté toute idée de fraude de la part des époux, la modification qu'ils ont introduite dans leur contrat de mariage pourra causer un grave préjudice à des droits acquis sous l'empire du régime matrimonial antérieur. Ces droits devront être sauvegardés, que le nouveau contrat en ait ou non fait mention. Il est à remarquer d'ailleurs que toutes les législations qui permettent de rédiger le contrat ou de le modifier postérieurement au mariage font toujours réserve des droits précédemment acquis à des tiers.

Si l'individu qui, en vertu de sa loi personnelle, peut faire un contrat de mariage après la célébration de l'union conjugale, change de nationalité et devient sujet d'un pays dont la loi présente une prohibition analogue à celle que contiennent les articles 1394 et 1395, il pourra, d'après Fœlix (198), se prévaloir encore de son ancien statut. Le savant auteur considère qu'en ce cas, il y a là un droit acquis en quelque sorte imprescriptible. C'est, croyons-nous avec M. Demangeat, une erreur grave. Il n'y a pas en matière de capacité de droits acquis. Le changement de nationalité d'un individu, fait disparaître complètement son état et sa capacité antérieurs, et ne lui laisse que les droits reconnus par leur loi nationale aux sujets de sa nouvelle patrie (199).

(198) Fœlix et Demangeat : t. I, page 247.

(199) *Eodem loco*, note (α).

De ce que nous avons dit sur l'article 1398 d'une part et sur les articles 1394 et 1395 d'autre part, on peut déduire la solution à appliquer aux difficultés qui pourront naître à propos des articles 1396 et 1397 : On y devra distinguer ce qui a purement trait à la forme de ce qui ne concerne que la capacité et les conditions de validité intrinsèque (200), et on appliquera telle loi que de droit.

Il est dans le chapitre 1^{er} du Titre relatif au contrat de mariage, divers articles qui interdisent aux époux certaines stipulations. A quel statut faut-il les rapporter ? Nous voulons parler des articles 1388, 1389 et 1390 qui défendent aux époux de déroger aux droits résultant de la puissance paternelle et maritale, et de modifier l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux ; sans préjudice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pourraient avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent Code. Eliminons d'abord la dernière hypothèse. Pour les dispositions entre vifs ou testamentaires permises entre les époux, on devra se référer la loi nationale des époux. Il en sera de même pour la révocabilité ou l'irrévocabilité des donations. On a dit que les art. 1084 et 1094 s'occupaient de la disponibilité des biens plus que de la capacité des personnes. C'est une théorie qui ne se soutient pas et qui est d'ailleurs aujourd'hui presque unanimement abandonnée.

C'est au statut personnel que nous croyons aussi qu'il faudra se référer pour ce qui touche les questions relatives à la puissance maritale et à la puissance paternelle. Ces questions qui peuvent se poser indépendamment de tout bien, sont des questions de capacité : elles dépendent de la façon dont chaque législation conçoit les relations entre le mari et la femme, entre le père et les enfants.

(200) Brocher : *op. cit.*, § 86.

Quant aux clauses relatives à l'ordre successoral, tout dépend des solutions que l'on admet sur la nature de leur statut, questions que nous ne saurions étudier ici. « Le champ d'application de ces prohibitions, nous dit fort bien M. Brocher (201), dépend nécessairement de la nature qui prédomine dans la règle de fond, dont chacune d'elle est l'accessoire. » Disons seulement que la majorité des auteurs tend à faire prévaloir ici le statut réel.

On connaît l'article 1390. Cet article constitue évidemment pour les juges français une prohibition d'ordre public que les Français même contractant à l'étranger ne sauraient violer, s'ils voulaient plus tard se prévaloir de leur contrat en France. Mais devant les tribunaux étrangers, une clause contraire au texte de notre article pourra fort bien sortir à effet, comme indice suffisant de la volonté des époux souveraine, disons-le immédiatement, en matière de régime matrimonial. S'il s'agit du contrat de mariage d'étrangers, la question est plus délicate : toutefois, en raison du but poursuivi par l'article 1390, nous ne croyons pas qu'il faille permettre à des étrangers d'en violer les dispositions, alors que pour des époux français, une telle transgression entraînerait la nullité du contrat de mariage (202).

Nous occupant des clauses prohibées, nous devrions étudier ici l'effet des lois qui défendent aux époux d'adopter tel ou tel régime ou qui créent un régime légal obligatoire. Nous préfé-

(201) Brocher : op. cit., § 85. — Voir un arrêt de la Cour de cassation, (civ. reg., 4 avril 1881) dans le *Journal de droit international privé*, VIII, p. 427. Des étrangers mariés dans leur pays sont soumis, quant au régime matrimonial, à la loi de ce pays. Mais leurs conventions matrimoniales valables en leur pays ne s'appliquent pas à leurs biens situés en France, en ce qu'elles ont de contraire à la loi française, notamment en ce qui touche les droits des héritiers réservataires. La Cour d'appel de Paris avait ainsi jugé par arrêt du 6 mars 1879.

(202) Sur tous ces points voir Laurent : op. cit., V., § 212.

rons renvoyer l'examen de cette question à notre chapitre III où nous étudierons ce qui se rapporte au régime matrimonial proprement dit et non plus seulement à la capacité et à l'état des parties contractantes.

CHAPITRE II

Des formes à observer dans la rédaction du contrat de mariage.

En France, les contrats de mariage, en vertu de l'art. 1394, ne peuvent être rédigés qu'en la forme authentique, c'est-à-dire qu'ils doivent être passés par-devant notaire. Cette prescription n'a pas seulement pour but de prévenir l'antidate, car l'enregistrement de l'acte eût suffi. Elle a aussi pour but de donner à l'acte un caractère de certitude et de notoriété. Le contrat reste dans l'étude du notaire et dès lors les parties ne peuvent le lacérer ou le faire disparaître. Enfin, le notaire donne des conseils aux parties et sa présence rendra plus difficiles la captation et les manœuvres frauduleuses.

Mais la forme authentique n'est pas requise dans tous les pays. Dans plusieurs cantons suisses comme ceux de Lucerne, Saint-Gall, Zug, Zurich, et dans les Echelles du Levant, les conventions matrimoniales peuvent être constatées par un acte sous seing privé.

Plusieurs questions peuvent alors se poser, qu'il s'agisse de Français contractant à l'étranger ou d'étrangers contractant en France. En termes plus généraux : quelles formes un individu se mariant hors de son pays, devra-t-il suivre dans la rédaction de son contrat de mariage ? Notre réponse sera simple. Il peut toujours en principe, et en certains cas il doit se conformer aux règles usitées dans le pays où il passe son contrat ; en d'autres cas, il peut, sans y être jamais tenu, suivre les formes prescrites par sa loi nationale.

Félix nous dit au § 73 de son ouvrage : « Un principe aujour-

« d'hui généralement adopté pour l'usage des nations, c'est que
« *la forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils*
« *sont faits ou passés*. C'est-à-dire que pour la validité de tout
« acte, il suffit d'observer les formalités prescrites par la loi du
« lieu où cet acte a été dressé ou rédigé : l'acte ainsi passé exerce
« ses effets sur les biens meubles et immeubles situés dans un
« autre territoire, dont les lois établissent des formalités diffé-
« rentes et plus étendues (*Locus regit actum*). En d'autres
« termes, les lois qui règlent la forme des actes étendent leur
« autorité tant sur les nationaux que sur les étrangers qui con-
« tractent ou disposent dans le pays et elles participent en ce
« dernier sens de la nature des lois réelles ». Puis le savant
auteur déclare la règle *Locus...* applicable à tous les actes
licites de l'homme, conventionnels ou autres, qu'il s'agisse
d'actes de l'état civil, d'actes de célébration du mariage, de con-
trats de mariage, de donations, de testaments, des actes conven-
tionnels, etc...

Lefondement de cette règle, il ne faut plus le chercher, comme le
faisaient les anciens auteurs, dans l'idée que tout étranger habitant
le territoire devient sujet temporaire de la loi qui y règne : cette
théorie est un reste du principe de la réalité des coutumes. Sa
raison d'être est tirée de la nécessité. L'étranger sera souvent
hors d'état de se conformer aux règles de sa loi personnelle, une
fois qu'il aura franchi les frontières de sa patrie. S'il s'agit par
exemple d'un acte authentique, il pourra ne pas trouver au lieu
de sa résidence d'officiers chargés de donner l'authenticité aux
actes. Ou bien ces officiers ne seront pas du même ordre que
ceux qui remplissent cette fonction dans son pays. Ainsi en
France, la juridiction volontaire relative aux actes, a été trans-
portée des tribunaux aux notaires ; en Allemagne, les juridictions
contentieuse et volontaire, sont restées aux mains de la justice :
un Français ne pourra en Allemagne faire donner l'authenticité
à un acte par un notaire, non plus qu'un Prussien en France par
un juge. Enfin, l'officier public pourra refuser de prêter son of-

fice à un étranger. Enfin, avec M. Laurent (203), nous croyons quel'adage n'est pas seulement fondé sur la nécessité, mais qu'il est aussi conforme à la raison. Le but des formes est de garantir la libre expression de la volonté des parties qui contractent, de les soustraire à toute captation, à toute fraude. « Or, c'est au législateur de chaque pays de régler les formes qui lui paraissent le plus propres à atteindre ce but. »

La règle *Locus*... ne s'applique qu'aux formes des actes, à ce qu'on appelle les formalités extrinsèques. Elle nous fournit, en ce qui concerne le contrat de mariage, la solution de deux questions : d'abord elle tranche celle de savoir quels officiers publics les parties devront consulter, quelles formalités elles devront accomplir pour donner l'authenticité à l'acte. C'est ainsi qu'en Bavière, les parties rédigeront l'acte en présence d'un certain nombre de témoins qui signeront, puis elles le présenteront à l'homologation judiciaire ; inversement, le Bava- rois ne pourra dresser l'acte authentique en France que par-devant notaire. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point (204).

Mais l'accord n'est plus aussi complet sur la question de savoir si la règle *Locus*... décide du caractère même du contrat. Pour prendre un exemple, le Français peut-il rédiger son contrat de mariage par acte sous seing privé, dans un pays où la loi permet l'emploi de cette forme ? La majorité des auteurs et la jurisprudence se prononcent pour l'affirmative. L'ancien droit, qui avait consacré cet adage, l'appliquait aux formes extrinsèques seulement, mais à toutes ces formes. Le Code civil ne formule nulle part cette règle qui régnait universellement lors de sa rédaction ; mais il ne s'ensuit pas que le Code ait voulu rompre avec la tradition. Il l'avait consacrée au n° 5 du titre préliminaire : l'art. fut combattu par le Tribunat qui ne voulait pas le voir adopter

(203) Laurent : *Droit civil international*, t. II, § 236.

(204) Laurent, op. cit., II, § 238. — Voir aussi un arrêt de la chambre des req. du 12 juin 1854 : Sir, 1856. I, 19.

dans la forme traditionnelle, craignant qu'on ne l'appliquât à certaines conditions habilitantes. Si on sacrifia le texte, le principe fut maintenu et il a passé dans plusieurs articles du Code civil notamment l'art. 47. Nous ferons ce que faisait l'immense majorité des anciens auteurs et nous appliquerons à notre hypothèse la règle *Locus regit actum*.

Cette solution est très vivement combattue par un certain nombre de jurisconsultes et notamment par M. Laurent. M. Laurent applique ici la théorie dont nous avons déjà dit quelques mots. Il voit dans l'authenticité requise par l'art. 1394 une condition que le Français doit observer. Distinguant parmi les formalités extrinsèques entre les formes solennelles et les formes non solennelles, il applique l'adage aux dernières seulement, imposant au national l'observation des solennités en quelque lieu qu'il se transporte. Voici son raisonnement (205) :

« On prétend qu'il ne s'agit que d'une forme extrin-
« sèque et non d'une forme intrinsèque concernant le
« fond. Ici, nous semble-t-il, est l'erreur. Quand les parties
« rédigent un acte de vente, il est évident que la forme de l'acte
« n'a rien de commun avec le fond, avec le contrat. Mais en
« est-il de même de la donation ? Non certes, puisque, d'après
« les termes formels de l'art. 1339, le vice de forme entraîne,
« non seulement la nullité de l'écrit, mais encore la nullité, il y
« a plus l'inexistence de la donation. — Le vice, à vrai dire,
« n'est pas dans la forme, il est dans le consentement, ce qui
« concerne évidemment le fond. En effet, dans les contrats solen-
« nels, le consentement n'existe que quand il est exprimé dans
« les formes voulues par la loi. Quand les formes n'ont pas été
« observées, il n'y a pas de consentement, et partant pas de
« contrat. Nous en concluons qu'un contrat solennel pour le-
« quel la loi française prescrit l'authenticité ne peut pas être

(205) Laurent : *Principes de droit civil français*, I, p. 381.

« reçu à l'étranger sous seing privé. Est-ce violer la maxime
« *Locus...* ? Du tout. Car pour juger de la validité de l'acte au-
« thentique reçu à l'étranger on appliquera la loi du lieu où
« l'acte a été passé et non la loi française. L'authenticité est de
» l'essence de l'acte ; la forme de l'authenticité est une condi-
» tion intrinsèque. »

Dans la suite des développements, notre auteur dit qu'en principe, la volonté des parties contractantes fait loi en matière de conventions, sauf quand l'intérêt public est en cause, et l'authenticité, quand elle est prescrite à peine de nullité, est toujours fondée sur un motif d'ordre public. Ainsi pour l'hypothèque, source de crédit, son organisation intéresse l'ordre public d'une façon incontestable et on comprend que la loi locale lui impose des règles strictes et rigoureuses destinées à sauvegarder à la fois les intérêts du propriétaire et ceux des créanciers. Dans les donations, il faut protéger contre la fraude et la captation les intérêts de la famille et la faiblesse du donateur (206). Dans quelles questions l'ordre public est-il plus complètement intéressé ; en quelles matières l'application du statut réel est-elle plus nécessaire ? De ces observations, M. Laurent conclut que les Français ou les Belges ne pourront à l'étranger faire un contrat de donation sans recourir à la forme locale, et que les étrangers devront, en France et en Belgique, observer sur ce point les formes locales.

La question est plus délicate pour le contrat de mariage dont l'effet peut s'étendre sur les biens situés en divers pays,

« La solennité ne dépend pas de la loi du lieu où les biens
« sont situés, elle dépend de la loi personnelle ou nationale des
« futurs époux et s'ils sont de nationalité différente de la loi du
« mari, puisque la femme en se mariant acquiert la nationalité
« du mari : tandis que la solennité des hypothèques et des dona-

(206) Laurent : *Droit civil international*, II, § 241.

« tions dépend de la loi de la situation des biens. Quelle est la
« raison de cette différence ? C'est l'intérêt social qui est décisif,
« Or, en matière d'hypothèques et de donations, cet intérêt est
« territorial ; donc le statut de solennité est aussi territo-
« rial. En matière de conventions matrimoniales, au con-
« traire, l'intérêt est personnel et partant national. Pourquoi le
« législateur a-t-il fait du contrat de mariage un acte solennel ?
« C'est à raison de l'importance de ce contrat qui forme un pacte
« entre les deux familles et régit les époux pendant toute leur
« vie et les tiers qui contractent avec eux : or les clauses de ce
« contrat sont d'une difficulté telle que les jurisconsultes sont
« parfois embarrassés pour en déterminer la nature et les effets :
« il fallait donc y faire intervenir un homme de loi qui pût éclair-
« rer les futurs époux et leurs familles sur le sens et la portée des
« conventions qu'ils se proposent de faire. Ces considérations
« n'ont rien de commun avec le territoire ; elles sont toutes per-
« sonnelles, donc le statut est personnel, c'est-à-dire national. »

M. Laurent n'aime ni les phrases, ni les auteurs qui en font ; mais ici ne se paie-t-il pas de mots ? Et d'abord nous voulons faire une observation. M. Laurent nous dit que si les deux époux sont de nationalité différente, on suit la loi du mari, puisque la femme en se mariant acquiert la nationalité du mari. Mais c'est une erreur, pour parler comme le savant auteur. Le contrat se fait avant le mariage dans la plupart des pays : la femme est encore absolument indépendante. En vertu de quel droit le mari viendrait-il lui imposer sa loi ? Nous ne le savons pas. Si la loi de la femme exige l'acte authentique, si celle du mari se contente de l'acte sous seing privé, il faudra en vertu de la même théorie générale de M. Laurent, annuler le contrat de mariage passé par acte sous seing privé ; car la femme pouvait et devait exiger que l'acte fût passé dans les formes prescrites par sa loi nationale. Si le mari ne veut pas supporter les frais et les longues formalités de l'acte authentique, comment sortir de cette impasse autrement qu'en imposant aux parties l'observation de la loi locale ? Mais prenons l'argument principal de M. Laurent.

Dès que la loi impose à un acte des formes solennelles à peine de nullité, la solennité devient dès lors une condition de fond qu'on doit observer à peine de nullité. Est-ce exact ? Nous ne le croyons pas. Cette distinction entre les formes solennelles et les formes non solennelles, nous semble arbitraire : où M. Laurent la trouve-t-il établie ? Dans toutes les législations qui s'occupent d'établir les conditions nécessaires à la validité d'un acte juridique, nous n'en trouvons que trois : le consentement, l'effet, la cause (1108, C. c. français. — 1104, C. c. italien). En dehors de ces éléments essentiels, on trouve la capacité et on ne s'est point avisé de faire de la question qui nous occupe une question de capacité. Que reste-t-il donc en dehors des conditions de fond et de capacité ? Les conditions de formes, dont les unes sont sans doute plus importantes que les autres. Mais de ce que le Code en prescrit l'observation à peine de nullité, s'ensuit-il que leur nature change ? Il fallait bien que le législateur donnât une sanction à ses prescriptions, et cette sanction ne pouvait être que la nullité. L'authenticité n'en reste pas moins une question de formes. En quoi l'ordre public français est-il atteint parce qu'un Français fait à l'étranger un contrat de mariage par acte sous seing privé, c'est-à-dire dans des formes que la loi locale juge suffisamment protectrices pour la liberté et la sécurité des contractants ? Certaines provinces françaises n'ont-elles pas pendant longtemps permis de rédiger les contrats de mariage par acte sous seing privé ? et s'il est vrai aujourd'hui, en France, que *Lettres passent témoins*, on a vécu pendant des siècles dans notre pays sur ce principe que *Témoins passent lettres*.

M. Laurent, pour justifier le caractère d'ordre public des solennités requises par la loi en certaines hypothèses, cherche des raisons spéciales à chaque contrat. Mais il est une raison qui domine toutes les autres raisons. La loi locale prescrit ces formes en considération de l'état d'esprit des habitants, de leur légèreté plus ou moins grande, de leur degré d'instruction, et puis aussi du milieu dans lequel ils sont appelés à faire tous les actes de la

vie civile. C'est pourquoi le Français contractant en France, ne pourra se soustraire à l'observation de ces formes. Mais pourra-t-il davantage se soustraire à l'observation des articles 1325 et 1326 ? Assurément non, et pourtant M. Laurent admet que ces articles ne lient pas le Français passant à l'étranger un acte sous seing privé alors que s'il les omettait en France, il ferait un acte inutile.

Cette doctrine oublie trop les motifs de notre règle, et, comme dit M. Laurent, « les motifs, c'est tout le principe, ils décident » toutes les difficultés qui se présentent dans l'application de la loi. » Or, le motif principal, la raison d'être incontestable de la règle *Locus...*, c'est la nécessité. Qu'il n'y ait pas d'officier public donnant l'authenticité aux actes dans le pays où se trouve le Français, ou qu'un tel officier, s'il existe, lui refuse son ministère sous prétexte qu'il est étranger, et voilà le Français frappé d'une sorte d'incapacité sans que sa loi ait formulé aucune prohibition.

Enfin, M. Laurent fait bon marché du Code civil et de ses dispositions. Le législateur ne fait nulle part de distinction entre les diverses formes des actes et il suppose que le Français peut passer à l'étranger des actes solennels en d'autres formes que celles qu'a consacrées la loi de notre pays. Est-il un acte plus solennel que l'acte de mariage, et pourtant l'art. 170 déclare le mariage valable s'il a été célébré suivant les formes locales. Bien plus, la jurisprudence valide, avec raison croyons-nous, des mariages célébrés sans formes et établis seulement par commune renommée. L'art. 47 généralise cette règle et l'étend à tous les actes de l'état civil.

Sans doute, nous n'avons pas de texte formel en notre sens, mais que l'on se reporte aux travaux préparatoires et on verra que si notre règle n'a pas été expressément formulée dans notre Code, c'est par suite d'une erreur facile à rectifier et que l'abandon de la disposition proposée, n'implique nullement l'abandon du principe qu'elle consacrait. Notre règle repose sur

l'équité. Elle s'appuie sur les fondements mêmes qui constituent la base du droit international tout entier : la nécessité d'abord et ensuite l'idée, par des concessions réciproques entre peuples divers, de permettre aux nationaux d'un pays de faire à l'étranger les actes qu'ils pourraient faire dans leur pays aussi facilement que s'il étaient demeurés dans leur patrie. }

Déjà avant M. Laurent, M. Duranton (207) avait soutenu l'opinion que la règle *Locus...* ne s'applique pas aux actes pour lesquels la loi française requiert à peine de nullité l'emploi de la forme authentique. Selon lui, la raison de nécessité n'existe pas ici et la condition de l'authenticité pouvant toujours être remplie à l'étranger, il n'existe aucun motif d'en dispenser le Français qui s'y trouve. Cela est vrai pour la plupart des Etats d'Europe, mais ne suffit-il pas que la question puisse se présenter en un seul lieu pour que l'argument de M. Duranton tombe à néant ? Son raisonnement est plus sérieux quand il argue des dangers qu'une telle faculté laissée au Français contractant à l'étranger présentera, en matière de donation par exemple. Mais enfin, quelle institution ne présente pas d'inconvénients ? Le système de M. Laurent n'aboutira-t-il pas souvent à faire subir un très grave préjudice à celui qui aura traité avec le Français sur la foi des lois locales, sans qu'il y ait d'ailleurs de fraude de part ou d'autre ? La seule réponse qu'on puisse faire, c'est que les tribunaux français examineront sévèrement l'acte rédigé à l'étranger sous seing privé, alors qu'en France il eût fallu recourir à la forme authentique. C'est la seule garantie, et elle est assurément sérieuse, donnée contre les fraudes et les manœuvres de captation (208).

La jurisprudence française est en notre faveur. Sans parler d'arrêts anciens qui confirmaient indirectement notre opinion en

(207) Duranton : *Droit civil* ; nouvelle édition, t. I, page 56.

(208) L'opinion de M. Duranton est admise par M. Bertauld : op. cit., I, §. 154, et par l'auteur anonyme d'une intéressante dissertation insérée dans le journal de M. Clunet : Clunet 1880, page 381 et ss.

validant des contrats de mariage qui contenaient des donations passées sous seing privé en Angleterre et à Munich (209), nous mentionnerons un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 18 avril 1865 (210). Le tribunal consulaire de Constantinople avait déclaré valable un contrat de mariage intervenu dans cette ville entre un Français et une Prussienne et passé sous seing privé, conformément à la coutume des Chrétiens d'Orient « et des Français établis « depuis longtemps dans le Levant, » Ce jugement portait, en outre : « Considérant... qu'il est constant au surplus non seulement que les coutumes du pays autorisent l'emploi de la forme « privé dans les contrats de mariage, mais encore que cette « forme a été de tout temps admise parmi les Européens qui « habitent Constantinople, sans qu'on ait jamais contesté, en fait « ou en droit, la validité des conventions matrimoniales passées « en forme privée, sous les yeux et avec l'approbation consulaire ; » disons, pour expliquer ces derniers mots, que le contrat de mariage, une fois rédigé par les parties, avait été déposé entre les mains du chancelier de l'ambassade de France et enregistré par lui. Le jugement frappé d'appel avait été confirmé par la Cour d'Aix.

Des auteurs fort considérables approuvent l'opinion que nous avons défendue. Parmi eux, nous citerons MM. Demolombe (211), Zachariæ (212), Fœlix (213), Aubry et Rau (214), Pasquale Fiore (215), Brocher (216).

(209) Paris, 11 mai 1816 : Sir. 1816. II, 140. — Paris, 22 novembre 1828 Sir. 1828, II, 157.

(210) Chambre des req. reg. Affaire Stiepowitch c. Alléon : Sir. 1865, I, 317 et D. P. 1865, I, 342.

(211) Demolombe : t. I, § 106.

(212) Zachariæ : I, § 32, n° 5.

(213) Fœlix : t. I, §§ 73 et 76 à 79,

(214) Aubry et Rau : t. I, § 31, page 109, texte et note 70.

(215) P. Fiore : n° 317.

(216) Brocher : op. cit. § 152. Voir aussi Haus : *Droit privé des étrangers en Belgique*, § 84 ; et un article de M. E. Picard : *Clunet* de 1881, p. 461 et ss., § 23.

La règle *Locus*... s'applique donc au contrat de mariage. Mais cette règle s'impose-t-elle à tout individu qui passe un tel acte hors de la patrie ? La question ne se pose pas pour deux parties contractant dans leur pays même ; dans ce cas, l'observation de la loi nationale est de toute nécessité, et les contractants pourront partout et toujours se prévaloir du contrat valablement fait selon leur loi. Les motifs qui ont amené la loi à imposer aux parties telles ou telles formes se présentent ici dans toute leur force.

Il faut supposer qu'une des deux parties au moins est étrangère. Si l'un des époux appartient, par sa nationalité, au lieu où le contrat est rédigé, nous pensons que la forme locale est obligatoire. En effet, cet époux est lié par les lois de son pays et ne peut, sous aucun prétexte, s'y soustraire. Les formes étant indivisibles, l'autre époux devra suivre les prescriptions de la loi de son futur conjoint. On peut dire que cette solution est universellement admise, car le contrat de mariage étant un contrat essentiellement synallagmatique, on ne saurait faire ici la distinction que quelques auteurs, et notamment M. Massé (217) proposent d'admettre en matière d'actes sous seing privé.

Nous croyons encore la règle *Locus*... obligatoire quand les deux époux sont étrangers au pays où ils traitent, sans appartenir pourtant à la même nationalité. Dans cette hypothèse, trois lois se trouvent en présence. Supposons un Anglais épousant une Française en Allemagne et rédigeant son contrat de mariage en ce dernier pays. Le choix, pour chaque partie, s'impose entre sa loi nationale et la loi locale ; cette dernière est le seul terrain sur lequel les deux parties puissent se rencontrer. En vertu de quel droit l'époux anglais ou français imposerait-il sa loi nationale à son futur conjoint ? Nous ne le voyons pas, tandis que nous comprenons fort bien que les deux époux soient obligés à se confor-

(217) Massé : *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. I, p. 573.

mer à la loi locale. C'est ce que la Cour de cassation a fort bien déduit dans les attendus de l'arrêt de 1865 dont nous avons déjà parlé : « Attendu, en fait, que le contrat litigieux et le mariage « qui l'a suivi sont intervenus entre un Français et une Prus- « sienne ; qu'en admettant, ce qu'il n'échet d'examiner que le « chancelier du consulat (français) de Constantinople eût été « compétent pour recevoir ce contrat, la demoiselle Stiepowitch « n'était pas plus obligée de suivre le sieur Alléon devant le « chancelier français, que le sieur Alléon ne pouvait l'être de la « suivre devant le chancelier prussien ; qu'en pareille occurrence « la fiction (d'*exterritorialité*) devait céder devant la réalité, « qu'elle n'avait plus d'application possible, et que la maxime « *Locus regit actum* reprenait tout son empire... »

Dans une première hypothèse, on peut supposer les deux époux étrangers au pays où l'acte est dressé, mais appartenant tous deux à la même nationalité : seront-ils astreints à suivre les formes locales ? Oui, évidemment, si leur loi nationale et la loi locale prescrivent l'authenticité, à peine de nullité. Oui encore, si, leur loi nationale permettant le contrat de mariage par acte sous seing privé et la loi locale prescrivant l'authenticité, ils veulent rédiger leur pacte nuptial en la forme authentique. Mais, en ce dernier cas, peuvent-ils, malgré la loi locale, faire un contrat sous seing privé ? Nous nous prononçons pour la solution affirmative dans cette dernière espèce. Sans vouloir entrer dans les détails de cette controverse qui nous entraînerait hors de notre sujet, nous présenterons quelques observations à l'appui de notre opinion. La règle *Locus*... est une règle de faveur. Le motif de son adoption, c'est la nécessité pour l'individu, qui se trouve hors de son pays, de recourir aux formes locales : on veut assurer l'entier exercice de son activité contractuelle pour ainsi dire. C'est là le fondement de l'adage ; par là même se trouve déterminée sa portée. Il constitue une exception à la souveraineté dont relève l'étranger : mais sa loi personnelle peut-elle l'empêcher d'employer les formes qu'elle indique, peut-elle

annuler un acte fait conformément à ses prescriptions ? Non, assurément. Que si, autrefois, Dumoulin déclarait la forme locale obligatoire, c'était par un souvenir évident de l'ancienne règle qui posait en principe la réalité des statuts. On objecte qu'en face de prescriptions formelles de la loi, il ne peut être question de faculté, de liberté ; la loi impose les formes aux parties par une mesure de défiance contre la faiblesse ou la fraude ; ce n'est pas, comme en matière d'obligation, une simple interprétation de la volonté des parties. C'est le raisonnement que présente M. Laurent (218) et que repousse, en se fondant sur les motifs et le caractère exceptionnel de la règle, l'auteur de l'article inséré au *Clunet* de 1880 que nous avons déjà cité. Seulement cet auteur, qui partage les opinions de M. Laurent sur la nature des formes authentiques, restreint le caractère de notre règle aux actes sous seing privé ordinaire, et au testament par argument tiré des articles 970 et 999. Pour nous, qui croyons que les formes authentiques ne sont que des formes extrinsèques, nous appliquerons les raisons qu'il donne au contrat de mariage. Les Français trouveront presque en tous pays des fonctionnaires attachés aux consulats ou aux ambassades et qui revêtiront de formes françaises les actes passés par les parties en leur présence et avec leur ministère.

A ces raisons, M. Schœffner (219) ajoute que les deux nationaux du même pays, ignorant la loi locale, recourront plus naturellement à la loi nationale et demanderont à leurs consuls de leur en faire l'application. L'arrêt du tribunal consulaire de Constantinople reconnaît implicitement que les Français en Orient choisissent librement entre la forme locale et la forme française, et que, s'ils choisissent cette dernière, c'est de leur plein gré et sans y être astreints par le privilège d'exterritorialité que

(218) Laurent : *op. cit.* II, § 246.

(219) Schœffner : *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, §§ 78 à 80.

les capitulations procurent à nos nationaux dans les Echelles du Levant et de Barbarie. MM. Aubry et Rau (220) après Zachariæ adoptent ce système et disent formellement, sans distinguer entre les actes authentiques et les actes sous seing privé, que la règle *Locus...* est simplement facultative et nullement impérative. Telle est aussi l'opinion professée par Fœlix (221).

Pour être logique avec nous-même, nous devons déclarer la règle *Locus...* facultative pour les étrangers rédigeant un contrat de mariage en France alors qu'on impose la forme authentique à un tel acte passé par des Français dans leur pays. Un tel résultat semble choquant et absolument contraire à l'ordre public. Mais ce mot d'ordre public est vraiment trop large et trop commode. A la rigueur, on pourrait trouver en toute matière une question d'ordre public en jeu. Une telle objection doit être une exception très rare, sinon le droit international se trouvera sans cesse arrêté dans le développement de ses plus justes conséquences (222). Le droit international est essentiellement fondé sur la réciprocité : ne devons-nous pas reconnaître aux étrangers en France les droits que nous attribuons aux Français contractant à l'étranger ? Si nous avons refusé à l'étranger le droit de se prévaloir d'un statut personnel qui lui permettrait de rédiger son contrat de mariage après la célébration même de l'union conjugale, c'est que l'absence de contrat antérieur eût fait présumer l'adoption

(220) Aubry et Rau : I, § 31, page 112.

(221) Fœlix et Demangeat : op. cit. I, § 83. — Les Cours d'Angleterre déclarent valable le contrat de mariage fait par deux Anglais en France par acte sous seing privé conformément aux prescriptions de leur loi nationale : Clunet de 1881, page 315 (article de M. Westlake).

(222) M. Brocher montre très bien l'abus que l'on est tenté de faire de l'exception d'ordre public pour écarter en un pays l'application des lois étrangères et critique la tendance générale à voir une fraude dans tout acte qui n'est pas absolument conforme à la loi locale ou personnelle. Cette tendance est d'autant plus fâcheuse qu'elle entraîne à annuler des actes faits avec la plus parfaite bonne foi.

par les époux du régime de la communauté légale et qu'un contrat postérieur déclaré valable en France eût pu très gravement léser les tiers de bonne foi. Mais ici la raison n'est plus la même. Si les deux étrangers se marient devant l'officier de l'état civil, ils devront, en vertu de la loi de 1850, déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, contrat dont les tiers prudents devront demander la production avant de traiter avec les époux. S'ils se sont mariés à leur consulat commun, les tiers connaissant le mariage devront aussi rechercher s'il a été rédigé un contrat de mariage et, en ce cas, quel régime les époux ont adopté. Ils refuseront de traiter tant que les justifications nécessaires ne leur auront pas été fournies, et éviteront ainsi les dangers que leur imprudence seule leur ferait courir et contre lesquels la loi n'aurait aucune raison de les protéger.

Avec MM. Aubry et Rau (223), nous reconnaissons donc que la règle *Locus...* a un caractère simplement facultatif tant à l'égard des Français contractant à l'étranger que des étrangers contractant en France : « Les actes, passés à l'étranger par des Français
« dans les formes prescrites par la loi française, sont valables en
« France et devraient l'être même à l'étranger bien que la loi
« étrangère prescrive des formes différentes... Par réciprocité,
« les juges français devraient admettre comme valables, même
« quant aux biens situés en France, les actes que des étran-
« gers y ont passés dans les formes réglées par la loi de leur
« pays. »

En somme, la règle *Locus regit actum* s'applique au contrat de mariage et elle est, au moins dans la dernière hypothèse que nous avons examinée, facultative. La grande majorité des auteurs et des arrêts admet ces solutions. Mais ne peut-on leur reprocher de se contredire en quelque sorte eux-mêmes ? Tout en admettant la validité des actes passés à l'étranger conformément à la loi locale, les auteurs mettent le plus souvent ces mêmes actes

(223) Aubry et Rau : *ut suprâ*.

en suspicion et semblent inviter les juges français à multiplier en cette matière les annulations pour fraude, erreur, surprise. Voici en effet ce que nous lisons dans l'introduction au Cours de droit civil de MM. Aubry et Rau, au § 31 : « La règle *Locus regit actum* ne protège que les actes faits de bonne foi ; si des Français s'étaient rendus en pays étranger dans le but de s'affranchir de l'observation des formalités prescrites par la loi de leur patrie, les actes qu'ils y auraient passés devraient être rejetés en France. » Cela est parfaitement juridique, mais ces auteurs ajoutent : « D'un autre côté, et lorsqu'il s'agit d'actes à l'égard desquels la loi française exige l'authenticité, comme garantie de l'entière liberté de l'une des parties, tels, par exemple, que les reconnaissances d'enfants naturels, le juge français pourrait *facilement* accueillir des demandes en nullité pour cause d'erreur, de surprise, ou de suggestion dirigées contre des actes passés à l'étranger sans l'accomplissement des formalités exigées par la loi française. » C'est là sans doute une opinion personnelle qui ne peut lier la jurisprudence ; mais elle indique une tendance assez commune dans la doctrine, de retirer d'une main ce qu'on donne de l'autre, tendance qui repose sur une sorte d'égoïsme national et contre laquelle nous ne saurions assez protester.

Quant à la jurisprudence, elle va très loin dans l'application de la règle *Locus regit actum*. Elle l'a étendue aux prescriptions de l'article 171 du Code civil, de l'art. 67 du Code de commerce et de la loi de 1850. On connaît le dispositif de ces divers textes qui tendent tous à donner au contrat de mariage des individus mariés en France ou à l'étranger, commerçants ou non, la plus grande publicité possible. La Cour de Rennes, par arrêt du 4 mars 1880, a décidé que ces diverses dispositions étaient relatives à la forme, et que, par conséquent, le Français marié à l'étranger, bien que commerçant, n'était pas tenu de s'y conformer pour pouvoir se pré-

valoir en France des clauses de son contrat de mariage (224). Au premier abord, cette solution semble contraire aux textes et aux motifs qui les ont fait adopter. La loi est formelle. De plus, on a voulu garantir les tiers contre la fraude et l'erreur : le contrat rédigé en France, si on n'a pas observé les prescriptions de la loi de 1850 et de l'article 67, peut bien valoir entre les parties, mais ne saurait être opposable aux tiers. Ces motifs ne s'imposent-ils pas *a fortiori* aux contrats de mariage passés à l'étranger ? Les intérêts des tiers ne sont-ils pas plus exposés encore dans cette dernière hypothèse que dans celle que nous avons envisagée en premier lieu ? Le tribunal de Nantes l'avait pensé, mais la Cour de Rennes infirmant le jugement de première instance avait déclaré le contrat valable vis-à-vis des tiers.

Dans l'espèce, le contrat avait été passé au Brésil entre un Français et une Brésilienne, et on l'opposait aux créanciers d'une faillite qui s'était ouverte à Nantes. Dans le 3^e arrêt rendu à cette date, la Cour de Rennes a débouté les créanciers de leur demande et a déclaré que le contrat rédigé à Sainte-Marie de Belem du Grand-Para et portant adoption du régime dotal, sortirait en France son plein et entier effet. Sans doute, l'arrêt précité a tenu compte de ce fait que : « Paul Guitton, pour se
« conformer autant que possible au vœu de la loi française qui
« est la sienne, a fait enregistrer son contrat de mariage et
« l'acte de célébration du mariage sur le registre des actes de
« l'état civil du consulat de France à Belem, à la date du 8 juillet 1874 ; qu'il a ainsi satisfait, autant qu'il pouvait le faire,
« aux dispositions de la loi du 10 juillet 1850 et à l'art. 67 du
« C. de comm... » Mais auparavant, la Cour avait décidé que les lois dont nous nous occupons appartenaient au statut des formes :
« — Attendu que le contrat de mariage de la dame Guitton est
« opposable par elle aux tiers, bien qu'il n'ait pas été publié

(224) Affaire Guitton : D. P. 1881, II, page 210 et ss. — Plus spécialement le troisième arrêt rapporté aux pages 213 à 215.

« dans les greffes des tribunaux de première instance et de commerce, et dans les Chambres des avoués et des notaires de Nantes ; — qu'au moment où ce contrat a été passé, P. Guitton habitait Sainte-Marie de Belem du Grand-Para (Brésil), où il exerçait la profession de commerçant ; que le contrat devait être passé et le mariage célébré suivant les formes de la loi française (C. civ. 47) ; que ni la loi du 10 juillet 1850 ni l'art. 67 (C. comm.) n'étaient donc applicables. »

C'est avec raison, croyons-nous, que la Cour de Rennes a réformé le jugement du tribunal. Il se peut, en effet, que le Français contractant à l'étranger ait été dans l'impossibilité d'observer les prescriptions légales susdites. Si, ce qui est fort possible, il n'avait en France ni résidence, ni domicile, où eût-il dû faire les publications dont parlent nos textes ? Il ne peut ni ne doit souffrir de cette situation. Les tiers d'ailleurs peuvent savoir directement ou indirectement que la personne avec laquelle ils vont contracter est mariée, et, ne trouvant rien en France qui les éclaire sur le régime matrimonial de leur cocontractant, ils devront prendre toutes précautions et toutes informations nécessaires pour ne traiter qu'en connaissance de cause.

Cette solution est d'ailleurs conforme à la jurisprudence qui a cours sur la nature et les effets de l'art. 171 du C. civ., et 67 et 68 du C. de comm. On admet généralement que l'art. 171 ne prescrit pas la transcription du contrat de mariage à peine de nullité et que les art. 67 et 68 ne prononcent pas la nullité mais se résolvent en une simple amende et, au cas de collusion, en la destitution du notaire et sa responsabilité vis-à-vis des tiers.

CHAPITRE III

Du régime matrimonial adopté par les époux.

Les époux en se mariant peuvent, par un contrat formel, adopter un certain régime concernant leurs relations pécuniaires : quel sera alors la portée de leur contrat ? Devra-t-on en limiter les effets aux biens sis dans le pays où le contrat a été fait ; devra-t-on au contraire lui donner action sur les biens sis à l'étranger, ces biens fussent-ils des immeubles soumis en principe à la loi locale ?

Le plus souvent les époux ne font pas de contrat de mariage et s'en réfèrent à la loi pour la réglementation de leurs intérêts pécuniaires. Si l'on suppose qu'ils se marient ailleurs qu'en leur pays, ou que, mariés en leur pays, ils fixent leur domicile à l'étranger, quelle loi faut-il leur appliquer ?

Tels sont les deux ordres principaux de questions que nous aurons à examiner dans le présent chapitre.

On comprend facilement que des conflits nombreux puissent naître en notre matière. Les régimes matrimoniaux varient avec les pays, et toutes les législations créent ce qu'on appelle un régime légal auquel les parties sont, en l'absence de contrat de mariage, sensées s'être soumises. Quelques lois vont même plus loin et n'organisant qu'un régime le déclarent obligatoire. D'autres lois moins radicales se bornent à proscrire un régime déterminé. L'immense majorité laisse au contraire sur ce point une grande latitude aux parties.

Si on parcourt les lois des divers pays, on peut rattacher à trois types principaux les régimes légaux qu'elles consacrent, et

qui sont : la séparation de biens, le régime de communauté et le régime sans communauté.

Le régime de séparation de biens constitue le régime légal de l'Italie en vertu de l'art. 1425 du Code civil italien, de l'Angleterre depuis l'acte du Parlement du 9 août 1870, des Etats-Unis qui ont, avant ou après 1870, presque tous admis les réformes que ce *bill* a opérées en Angleterre. Ce régime semble être en théorie le meilleur comme maintenant, en l'absence de contrat, le *statu quo ante* et une parfaite indépendance entre les deux époux. Toutefois il semble répugner à l'union si intime produite par le mariage dans les rapports personnels des époux, et s'il écarte, incomplètement d'ailleurs, les idées de spéculation de la part de l'un des époux, il permet les fraudes vis-à-vis des tiers créanciers des époux, ne fût-ce que par le placement fait au nom de l'un des époux de valeurs appartenant à son conjoint. De plus, il sera difficile d'établir, en l'absence d'inventaire, la consistance respective des deux patrimoines, et la femme verra le plus souvent sa fortune gravement compromise par la faillite ou la déconfiture du mari.

Le régime de communauté est consacré par les lois de la Hollande, de la France, de l'Espagne et du Portugal, de la Belgique, de la plus grande partie des Etats allemands, de la Finlande et des Etats scandinaves. Son étendue varie suivant les pays : si elle est universelle en Hollande, elle est réduite aux meubles et aux acquêts en France, aux acquêts seulement en Bavière et dans le Wurtemberg.

Quant au régime sans communauté, il constitue le régime de droit commun en Autriche, en Prusse et en Pologne. Ce système, qui part du même principe que celui de la séparation de biens, assure à chaque époux la conservation intégrale de son capital ; mais il désintéresse absolument la femme des affaires du mari en même temps qu'il lui enlève toute part dans les économies réalisées pendant le mariage. Sa situation est donc bien moins favorable et on comprend facilement comment l'empire de ce

régime est bien moins étendu que celui de la séparation de biens ou celui de la communauté.

Le régime dotal, s'il est en grande faveur dans les contrées méridionales et notamment en Italie, n'a obtenu la situation de régime légal que dans quelques cantons de la Suisse. Ce résultat s'explique par ce fait que le caractère extraordinaire de dotalité ne peut s'appliquer qu'aux biens spécialement désignés par les parties ou le constituant. Il est difficile de placer en dehors du droit commun la fortune entière d'une personne sans que cette personne n'ait formellement accepté un semblable état de choses. Ce système prévalait autrefois en Toscane, et bien des auteurs, notamment M. Laurent, semblent croire qu'il a aussi passé dans la nouvelle législation italienne. C'est là une opinion insoutenable en face du texte formel de l'art. 1425 que nous avons déjà si souvent cité.

Cette différence de législations qui existe d'Etat à Etat et se présente encore au sein de quelques pays non encore unifiés au point de vue législatif, comme l'Allemagne, les Etats-Unis et la Suisse, existait autrefois dans le sein même de la France. Les coutumes variaient avec les provinces du royaume et les questions dont nous chercherons la solution en droit international avaient déjà provoqué de très vives discussions dans l'ancien droit et mis aux prises les plus éminents jurisconsultes de la France monarchique et des pays voisins. Comme les divers systèmes alors produits sont aujourd'hui encore ou soutenus par les auteurs ou appliqués dans divers pays, nous croyons indispensable de résumer en quelques lignes les discussions qui s'élevèrent dans l'ancien droit sur la *Famosissima quaestio*. Nous prendrons pour guide l'exposé historique fort complet que M. Laurent donne de notre matière dans son traité de Droit civil international (224 bis).

(224 bis) Laurent : I, §§ 273, 274, 279 à 284. — Id. V, §§ 183 à 240.

Les nombreuses provinces qui composaient la France avaient conservé leurs coutumes et leurs usages propres. C'était, après leur annexion à la couronne de France, tout ce qui leur restait de leur indépendance passée. Le règne du principe de la personnalité des lois avait disparu depuis longtemps. Avec la féodalité avait triomphé le principe de la réalité que chaque Etat conservait avec un soin jaloux. Soutenus par les souvenirs du passé, les Parlements et les jurisconsultes défendaient avec énergie tout ce qui restait de souveraineté à l'Etat, autrefois indépendant, aujourd'hui réuni au royaume. Toute prétention contraire, toute tentative faite dans le but de procurer effet et actions à des lois étrangères, leur semblait un odieux empiètement, une violation de leurs privilèges. Par la force des choses et sous l'influence des glossateurs, la distinction entre le statut réel et le statut personnel avait fini par prévaloir ; mais le champ d'application de ce dernier statut avait été aussi étroitement limité que possible. Toutes les préférences étaient pour le statut réel qu'on s'efforçait sans cesse de faire prévaloir et auquel on demandait la solution de la plupart des questions douteuses.

Cela étant connu, il est facile de comprendre comment naquit en notre matière le conflit qui mit aux prises d'Argentré et Dumoulin, Basnage et le président Bouhier. La coutume de Paris reconnaissait comme régime légal la communauté de biens entre époux. En Normandie, ce régime était interdit et la coutume y substituait un régime analogue à notre régime sans communauté. Enfin, dans les pays du Midi, où le droit romain avait prévalu, le régime usuel était le régime dotal. Un individu, originaire de l'un de ces pays et possédant des biens dans le ressort d'une autre coutume, faisait un contrat de mariage ; par exemple, un habitant de Paris y rédigeait un contrat adoptant la communauté : quel était l'effet de ce contrat sur les biens qu'il pouvait posséder en Normandie ? Allons plus loin. Cet individu se mariait à Paris sans contrat ; les biens qu'il possédait dans le ressort de la coutume de Paris se trouvaient placés sous le

régime de communauté : ses biens normands devaient-ils être soumis au même régime ? Ces questions pouvaient se présenter très fréquemment dans la pratique, surtout pour les commerçants.

Dumoulin, interrogé sur la nature et les effets d'un contrat de mariage, répondit que les conventions matrimoniales appartenaient non pas au statut des biens, quoiqu'elles fussent destinées à les régir, mais au statut personnel ; d'où il conclut qu'elles devaient s'étendre sur des biens situés hors de la coutume d'après laquelle le contrat avait été rédigé (225). Se plaçant même dans l'hypothèse où aucun contrat n'avait été dressé, le grand jurisconsulte déclare que le régime légal qui règle alors les relations pécuniaires des époux n'est pas un régime imposé par la coutume, mais un régime tacitement adopté par les époux, qui a la même nature que tout régime contractuel. Dumoulin se heurtait aux prétentions des Parlements et à la souveraineté des coutumes. Aussi s'attira-t-il une violente réponse de d'Argentré, jurisconsulte breton, partisan passionné de la réalité des coutumes. Ce dernier reconnut sans peine qu'au cas, où un contrat de mariage avait été rédigé, la question de la réalité était hors de cause ; qu'il n'y avait à tenir compte que de l'intention des parties et de leur volonté, qui pouvaient étendre leurs effets hors de la Normandie aussi bien que hors de l'Ile de France. Un contrat rédigé à Paris ou à Rouen pouvait s'étendre aux biens sis en Normandie ou à Paris sans que la souveraineté des coutumes en souffrît.

Mais sur la question du régime légal, d'Argentré repoussa formellement la solution admise par Dumoulin. Les époux, en ne faisant pas de contrat de mariage, s'en sont référés à la coutume qu'ils ont acceptée avec son caractère essentiel qui est la réalité. Ce ne sont pas eux qui font un contrat, c'est la coutume qui le leur impose ; or, celle-ci est essentiellement réelle et ne saurait

(225) Dumoulin : Conseil 53. (Opera, t. II, p. 964.)

s'appliquer hors des limites de son territoire. Tel est le raisonnement de d'Argentré : il ne s'appuyait pas, on le voit, comme l'ont fait ses successeurs, sur ce fait que le régime réglant l'état des biens devait être réel ; il se bornait à dire : les parties se sont complètement soumises à la coutume, or toute coutume est réelle. Mais c'était précisément en cela que consistait son erreur. Dumoulin a fort bien montré que la soumission des époux à la coutume est purement volontaire. Les parties ne font pas de contrat, elles trouvent celui que la loi a rédigé suffisamment complet, et l'adoptent sans modification. Notamment pour le régime de communauté, qui est une société de biens entre époux, et qui dit convention écarte toute idée de nécessité, d'obligation. Tout dépend de la libre volonté des parties, et la loi pose elle-même comme principe que les époux sont absolument libres de faire telle convention qu'il leur plaît de choisir ; elle se borne à leur offrir un régime tout fait pour le cas où ils ne voudraient pas prendre la peine d'en organiser un eux-mêmes. Dumoulin donc admet que le statut à observer en cette matière, est le statut personnel des époux qui est pour lui le statut de leur domicile conjugal. Sa théorie doit être étendue aux conventions formelles et aux dispositions légales relatives à la dot et au douaire.

Si d'Argentré acceptait la théorie admise par Dumoulin^a à propos des contrats exprès, il y apportait une restriction et soustrayait à leur action les biens situés dans le territoire d'une coutume prohibitive. Notamment il déclarait que les biens de Normandie (226) ne pourraient devenir communs en vertu d'un contrat rédigé à Paris et portant adoption du régime de communauté. Et après lui Basnage adoptait la même théorie, qui met, en somme, la femme à la discrétion du mari et permet à ce der-

(226) La coutume de Normandie, par ses art. 328 et 329, défendait l'adoption du régime de communauté, sauf dans les coutumes spéciales de Gisors et de Caux.

nier d'éluder comme il lui plaira toutes les stipulations portées au contrat de mariage (227).

Après Dumoulin et d'Argentré, la discussion continua très vive de part et d'autre. Entre temps, la jurisprudence s'était prononcée et par de nombreux arrêts rapportés par Froland, Renusson, Pothier et autres auteurs, elle avait consacré la doctrine de Dumoulin. Parmi les auteurs, la plupart inclinaient en ce sens et parmi eux Froland qui, plein d'un saint respect pour les coutumes, les décore du titre de sacrées. Avocat au Parlement, Froland était normand, partisan décidé des Coutumes. Nous lisons dans ses Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts : « Le statut qui regarde la communauté de biens entre « mari et femme et auquel les conjoints se sont expressément « ou tacitement asservis ne saurait être considéré que comme un « statut *personnel*. Proposition d'une part ; acceptation de l'autre, convention entre les parties contractantes et leurs deux familles ; il n'y a là rien qui ne soit personnel et qui ne mérite « d'être exécuté dans toute son étendue, la faveur du contrat « de mariage, qui est le plus sacré de tous les actes qui se font « dans la Société civile, ce qu'on doit à ses engagements, la « bonne foi, l'honneur et l'équité le demandent ; et quand il se « formerait un combat entre la coutume de la situation des conquêtes et celle du lieu où les engagements ont été formés, et « où la célébration du mariage a été faite, nulle difficulté que « celle-ci doit l'emporter sur l'autre, parce que la disposition de » l'homme est plus noble que la disposition de la loi et doit avoir « la préférence (228) ». Dans la suite de son ouvrage, Froland développe largement la théorie de Dumoulin ; mais il nous laisse entrevoir que s'il l'adopte, c'est que la jurisprudence s'était prononcée en ce sens.

(227) Sur cette controverse, lire les passages que nous avons cités du livre de M. Laurent, notamment : II, §§ 279 à 284.

(228) Froland : op. cit. t. I, pages 92 et 93 (ed. de 1729).

Boullenois repousse l'idée de Dumoulin qui faisait reposer la communauté légale sur une convention tacite des époux ; mais il arrive au même résultat en faisant du régime de communauté une dépendance de l'état des personnes ce qui lui donne le caractère de statut personnel : « quand, nous dit-il, une coutume dit « qu'il y aura communauté de biens ou qu'il n'y en aura pas entre conjoints, elle veut certainement fixer l'état et la condition des conjoints (229). » Si la solution était bonne, les motifs étaient loin d'être parfaitement exacts.

Le président Bouhier (230) le premier posa nettement la question et montra que le régime légal n'est que le régime usuel codifié par la loi pour la plus grande commodité des parties : « Comme les conventions expresses sont personnelles, en ce sens qu'elles ont leur exécution sur tous les biens des contractants, quelle que soit leur situation, il en doit être de même des statuts qui supposent ces sortes de conventions, comme si elles avaient été réellement faites. »

Renusson adopte la théorie de Dumoulin et cite de nombreux arrêts rendus sur ce point par les cours souveraines (231).

Enfin la grande voix de Pothier s'est fait aussi entendre en faveur du système de Dumoulin. Pour lui, le régime légal n'est qu'un loi d'interprétation de la volonté des parties, et non une présomption obligatoire, inéluctable pour les contractants. Donc la loi qui régit les conventions expresses ou tacites des époux appartient essentiellement au statut personnel. Pothier applique à la communauté les règles édictées en cette matière par la loi du domicile matrimonial des époux. Si deux Parisiens se marient sans contrat, seront communs leurs conquêts, sis en terre

(229) Boullenois : *De la Personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 737 et ss.

(230) Bouhier : *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*.

(231) Renusson : *Traité de la communauté de biens*, 1^{re} partie, ch. 4, §§ 15 et ss., page 49.

de non-communauté. Inversement si deux Lyonnais se marient sans contrat, fût-ce même à Paris, leurs biens, même ceux situés dans le Parisis, ne seront pas soumis aux régimes de communauté (232).

La discussion devait sortir et sortit en effet de France. Presque tous les Etats d'Europe se trouvant, au point de vue législatif, dans le même état que la France, les mêmes difficultés devaient s'y présenter.

C'est ainsi qu'un conseiller à la cour de Brabant reprit et développa la théorie d'Argentré sur le caractère réel de la communauté légale. Vander Muelen fut très vivement combattu sur ce point par Jean Voët, qu'on a, à bon droit, appelé le chef de l'école réaliste. Voët mit en dehors du débat les statuts qui, selon lui, n'avaient rien à voir en cette affaire, il déclara que la seule chose à considérer était la volonté des parties qui pouvaient s'exercer librement et souverainement en l'absence de dispositions formelles de la coutume.

La théorie de Dumoulin avait donc universellement triomphé dans la doctrine et dans la jurisprudence. On avait écarté l'application du statut réel au régime expressément ou tacitement adopté par les parties pour s'en référer au statut personnel. Or, le statut personnel des parties dépendait en France de leur domicile. Entre le domicile du mari et le domicile de la femme, on avait choisi celui du mari qui, dès le mariage célébré, va devenir celui de la femme, et, disait Bouhier, le contrat de mariage a la même date que le mariage lui-même sans lequel il ne peut être célébré. On présumait que l'intention de la femme était de se soumettre aux lois du domicile de son mari. C'était là une présomption universellement admise dans l'interprétation de la volonté des époux. Cependant, Pothier admettait que, si, au moment du mariage, le mari avait le dessein de fixer son domicile

(232) Pothier : *Traité de la communauté*, article préliminaire ; et *Coutume d'Orléans* ; Introduction au titre X, article préliminaire.

en un autre lieu, c'était la loi de ce nouveau domicile qui devait l'emporter. Dumoulin avait déjà indiqué cette dérogation possible au statut du domicile du mari, et plusieurs Cours de justice l'avaient admise (233).

Aujourd'hui, l'unification législative s'est opérée en France et dans un grand nombre de pays. Mais les questions que soulevaient les conflits des lois des diverses provinces peuvent naître encore de la contradiction qui existe entre les lois de différents pays. Les jurisconsultes et les jurisprudences des nations d'Europe et d'Amérique qui se sont occupés de la question sont loin d'être d'accord. Chacun raisonnant suivant les tendances de l'esprit national et les traditions juridiques du pays auquel il appartient, les théories les plus diverses ont été émises, théories dont on trouve presque toujours le germe et le principe dans les controverses qui se sont élevées sur la *famosissima questio*. Nous allons retrouver la théorie de la réalité pratiquée en Angleterre, celle du domicile du mari suivie en Allemagne, en Italie celle de sa loi nationale, celle du domicile matrimonial adoptée en France comme présomption de la volonté probable des époux. Quel criterium choisir parmi ces doctrines si variées ? c'est ce que nous essaierons de déterminer. Les textes législatifs manquent sur ce point dans presque tous les pays et la jurisprudence abandonnée à elle-même s'est trop souvent vue ou crue obligée de faire la loi.

(233) Citons entre bien d'autres la Cour souveraine de Lorraine. Les sieur et dame Dupasquier, qui s'étaient mariés à Orléans, sans contrat de mariage, vinrent aussitôt après la célébration fixer leur domicile en Lorraine où le sieur Dupasquier, ayant obtenu d'abord de l'emploi, ensuite un intérêt dans les fermes, amassa une fortune considérable, et mourut ne laissant qu'une fille pour son héritière. Elle prétendit devoir partager la communauté avec sa mère suivant la coutume d'Orléans. Celle-ci soutint, au contraire, que tout le mobilier lui appartenait à titre de gain de survie, suivant la coutume de Lorraine ; et la Cour le jugea ainsi à la grande audience du 4 juillet 1743. *Jurisprudence des tribunaux de Lorraine...* par G. de Rogéville, V^o *Marriage*, page 388 (Nancy 1785).

A. En vertu d'un principe universellement reçu, les lois locales régissent tous les immeubles situés dans le territoire, tant en ce qui touche leur détermination qu'en ce qui concerne leur transmission. C'est sur ce principe que se fonde la jurisprudence des Cours d'Angleterre et des Etats-Unis pour déclarer que les immeubles situés en Angleterre sont toujours régis par la *lex situs* en matière de mariage comme en toute autre matière. Les auteurs anglais et américains, qui se sont occupés de la question, ont admis la même solution. Quant aux tribunaux et aux jurisconsultes des autres pays, ils sont en grande majorité opposés à ce système : nous aurons cependant à examiner deux arrêts français qui semblent avoir indirectement consacré cette doctrine.

Supposons d'abord qu'il y ait eu un contrat de mariage, Story (234) déclare qu'en principe les conventions matrimoniales relèvent non de la loi, mais de la volonté des parties qui peut exercer son action en tous pays. Toutefois il apporte à cette théorie une grave dérogation : il faut que le contrat ne porte pas atteinte aux droits de l'Etat où l'on veut s'en prévaloir et les tribunaux américains voient l'intérêt national engagé dans tout débat qui porte sur un immeuble américain. Au cas où les époux n'ont pas rédigé de contrat de mariage, à bien plus forte raison applique-t-on aux biens des époux les règles édictées par la loi de leur situation. Outre les considérations d'intérêt public qu'on fait prévaloir, on s'appuie sur cette raison que les parties contractantes s'en sont référées à la loi qui est essentiellement réelle. On repousse donc toute idée de convention tacite et d'adoption volontaire du régime légal.

En Angleterre, la doctrine et la jurisprudence sont dans le même sens. Dès qu'un immeuble anglais est en question, il ne peut être affecté que par une convention employant toutes les

(234) Story : *Conflicts of laws*, §§ 159, 176 et ss.

formes prescrites par la loi anglaise. « Si des immeubles anglais, « dit M. Westlake (235), sont compris dans une convention matrimoniale qui n'est pas propre à en opérer le transfert ou à « les grever d'une hypothèque, cette convention ne transférera « pas les immeubles ou ne les grèvera pas, bien que, s'il n'y a « pas d'autre objection, les parties puissent être obligées à y « donner suite ». De ces mots il résulte que le contrat de mariage passé à l'étranger n'a sur les biens aucune action directe et immédiate. Les lois anglaises s'appliquent à *fortiori* aux biens des époux qui n'ont fait aucun contrat de mariage.

Les partisans de cette théorie ne l'étendent pas aux biens meubles des époux. Préoccupés sans doute de la vieille formule : *Mobilia ossibus hærent*, ils appliquent aux meubles, en l'absence de convention, la loi du domicile matrimonial ; et, s'il a été rédigé un contrat, les prescriptions de ce contrat, dont on juge la validité intrinsèque et l'efficacité dans les lois du domicile matrimonial : « A moins qu'il n'ait été autrement convenu « avant le mariage, dit encore M. Westlake..., les droits respectifs « des époux sur la fortune mobilière qu'ils possédaient lors de « la célébration du mariage, ainsi que celle qui leur échoit ou « qu'ils acquièrent pendant le mariage sont régis par la loi du « domicile matrimonial, c'est-à-dire par la loi du domicile qui « était celui du mari lors de la célébration, ou qu'il a établi « immédiatement après y étant obligé par une convention matrimoniale » (236).

On établit ainsi une scission dans le patrimoine conjugal, scission qui n'a aucune raison d'être, qui ne repose sur aucun fondement. Quand les époux ont rédigé un contrat de mariage,

(235) J. de Clunet : 1881, pages 315 et 316. La doctrine anglaise en matière de droit international privé. — *Revue de Gand*, XIII, 1881, p. 438.

(236) Sur le droit anglo-américain en notre matière, voir Schœffner : op. cit., §§ 104 et 105 ; Laurent : op. cit., §§ 236 à 239 ; Félix et Demangeat : op. cit., § 90, page 211.

ils ont voulu organiser un régime qui donnât à la femme certaines garanties, certains avantages. Si, par exemple, ils ont adopté le régime de communauté, n'est-ce pas dans le but d'assurer à la femme une part dans les économies réalisées par les deux époux dans le ménage? Si on vient enlever du patrimoine commun les conquêts immeubles acquis par le mari en Angleterre, on va directement contre l'intention des contractants. Il y a là de plus un inconvénient considérable : les auteurs anglais et américains, tout en approuvant la jurisprudence de leurs tribunaux, décident que le régime adopté par les époux doit être immuable. N'y a-t-il pas là une contradiction flagrante? Une fois leur système admis, le mari va être maître absolu des conventions matrimoniales. Surtout à notre époque où la propriété foncière est accessible aux étrangers en Angleterre, qui pourra empêcher le mari de placer en valeurs immobilières sises en ce pays les économies réalisées sur le patrimoine commun : la femme n'a aucun moyen de s'y opposer et, le jour de la liquidation arrivé, elle n'aura aucune reprise, aucun prélèvement à prétendre. Nous nous en tenons pour le moment à ces considérations qui ne portent que sur les conséquences mêmes du système et qui, selon nous, seraient de nature à le faire écarter. Mais le point de départ est inexact en ce qui touche les effets de la convention ou la nature du régime légal.

On comprend facilement qu'en Angleterre ce système ait prévalu dans la jurisprudence et dans la doctrine : là, en effet, le droit procède directement de la féodalité. Son caractère est l'absolutisme, il tend à écarter toute législation étrangère dans l'admission de laquelle il verrait un empiètement, un asservissement de la souveraineté nationale. Quant au droit des Etats-Unis, il relève directement du droit anglais et est empreint du même esprit. Il y a de plus une raison particulière pour l'adoption de la réalité. Grâce au courant d'émigration qui amène tant d'étrangers dans le sein de la grande République, son territoire est le rendez-vous des nationaux des pays les plus divers, et la

pratique du système de la réalité y simplifie singulièrement les contestations. Disons enfin que dans les Etats-Unis eux-mêmes la diversité est très grande dans la législation relative au régime matrimonial, et, si la Louisiane admet le régime de communauté, le Mississipi consacre le régime anglais. Etant donné un tel état de choses, on comprend jusqu'à un certain point, comment la jurisprudence et la doctrine de ces pays suivent les principes que nous avons exposés.

Ce que l'on ne comprend plus, c'est que des tribunaux français les aient consacrés par leurs décisions, alors que depuis Dumoulin et Pothier une jurisprudence unanime avait adopté un système contraire. Nous trouvons d'abord un arrêt rendu par la Cour de Metz le 9 juin 1852 (237) sur les conclusions conformes de l'avocat général M. Briard, qui admet le système anglo-américain. Dans l'espèce, deux Français originaires du pays où régnait le système de la communauté entre époux, s'étaient mariés sans contrat en 1793 à Dublin, où le mari avait dans la suite acquis deux maisons. Les deux époux morts, les héritiers de la femme réclamèrent contre les héritiers du mari une part dans les immeubles situés en Irlande. La Cour, réformant un jugement de première instance, décida que l'union contractée à l'étranger par un Français et une Française y ayant leur résidence se trouve, à défaut de conventions matrimoniales, soumise, quant aux meubles seulement, au régime de communauté légale, et, s'il s'agit d'un mariage antérieur au Code civil, au régime auquel étaient soumis les mariages du même genre dans le ressort de la coutume où les époux ont eu, en France, leur dernier domicile. Quant aux immeubles, la cour repoussa la demande des héritiers de la femme. « Attendu « qu'il est de principe que les biens immeubles sont toujours « régis par le statut réel du lieu où ils sont situés ; — Attendu « que les biens dont il s'agit sont situés en Irlande ; qu'il est « établi par les consultations de deux jurisconsultes anglais,

« que les lois anglaises qui régissent l'Irlande sont exclusives
« du régime de communauté, et que les immeubles achetés par
« le mari pendant le mariage lui appartiennent d'une manière
« absolue ; que cette opinion est d'ailleurs conforme à la doctrine
« de Blakstone ; qu'il suit de là que les immeubles compris dans
« la succession du sieur Pigasse n'ont pu entrer en commu-
« nauté..... » Il y a là une fausse application d'un principe vrai.
Sans doute, la loi locale règle la manière dont les biens
immeubles sont transmis, et quels biens sont immobiliers. Mais
là n'est pas la question : la question est dans la force à recon-
naître à la convention des parties ; il s'agit de l'interprétation
de la volonté des parties et non de l'application du statut réel,
ce que nous essaierons de montrer plus loin. Mêmes observa-
tions au sujet d'un arrêt de la Cour de Paris (238) rendu le
4 avril 1881, et dont nous aurons à nous occuper ultérieurement.

C'est introduire dans la matière du mariage les principes ad-
mis pour la liquidation des successions. Mais sans insister sur le
bien-fondé de cette distinction en matière de succession, faisons
remarquer que les deux choses sont absolument différentes et
que dans la plupart des pays les règles relatives au régime suc-
cessoral sont impératives et d'ordre public tandis que la loi laisse
pour les conventions matrimoniales la plus grande liberté aux
parties. Se figure-t-on d'ailleurs la situation d'époux mariés
sans contrat qui seront communs quant à leurs biens français,
séparés de biens quant à leurs immeubles d'Italie, placés sous le
régime de l'exclusion de communauté quant à leurs biens situés
en Prusse ?

B. Un autre système rejette complètement le principe de la
réalité, et adopte le principe de la personnalité du statut des
conventions matrimoniales. Mais ses partisans se divisent sur le

(238) Cet arrêt, rapporté dans plusieurs journaux de droit, est l'objet
dans le recueil de Sirey d'une note fort intéressante de M. L. Renault :
Sir. 1883, I, 65, ss.

point de savoir quel est le statut personnel qui prévaudra. On est d'accord pour décider qu'on s'en référera au statut personnel du mari ; mais sera-ce le statut de son domicile ou le statut de sa nationalité ? Chacun a ses partisans : la loi du domicile a prévalu surtout parmi les jurisconsultes et les tribunaux allemands tandis que la loi nationale du mari l'emportait en Italie. Ces deux théories fondées sur la personnalité ont des arguments communs que nous allons d'abord déduire avant de chercher les motifs qui les séparent.

On admet généralement que le contrat de mariage est l'œuvre de la volonté des époux, que c'est une convention vis-à-vis de laquelle la loi procède par interprétation de la volonté des époux et non par disposition impérative. Cela est incontestable quand les parties ont fait un contrat formel. Mais en est-il de même, s'il n'a pas été rédigé de contrat ? On cherche alors ce qu'ont voulu les parties. Deux lois différentes se trouvent en présence, la loi personnelle de la femme, et la loi personnelle du mari. Tous les auteurs (239) sont d'accord pour écarter la loi du lieu où le contrat a été rédigé ; les parties peuvent n'y avoir eu qu'une résidence passagère n'impliquant en rien l'intention des époux de se conformer à la loi locale. Quelle loi va-t-on choisir ? Celle du mari. Du jour du mariage la loi personnelle du mari devient celle de la femme, il est donc tout naturel de penser que d'avance cette dernière a fait sa soumission à la loi de son mari qui va la gouverner elle et sa famille pendant toute la durée du mariage. Or, le régime matrimonial ne prend naissance qu'au moment même où le mariage est célébré, au moment de raison où la femme acquiert le même domicile, la même nationalité que le mari. M. Pasquale Fiore (240) fait enfin remarquer que le régime matrimonial est intimement lié au mariage lui-même et on ne saurait les séparer de façon à appliquer

(239) Schœffner : op. cit. § 106.

(240) P. Fiore : op. cit. § 326.

aux relations personnelles des époux la loi personnelle du mari et à leurs relations pécuniaires des principes tirés d'une autre loi.

Il faut donc appliquer la loi personnelle du mari ; mais quelle est cette loi ? Sur cette question, comme nous l'avons dit, les auteurs et les jurisprudences se divisent et se réfèrent tantôt à la loi du domicile du mari, tantôt à la loi du pays auquel le rattache sa nationalité.

La théorie du domicile est adoptée par les auteurs allemands et les auteurs suisses. Un tel résultat n'a rien qui doive nous étonner ; car ces deux pays ne jouissent pas de l'unité législative, mais se trouvent encore morcelés au point de vue des lois presque autant que l'était la France avant 1789. On change de loi en restant Allemand et Suisse, aussi complètement que le Français qui adopterait la nationalité italienne. On comprend donc que les tribunaux de ces pays se réfèrent à la loi du domicile de l'individu pour savoir quel est son statut personnel. La doctrine du domicile a encore été soutenue par d'autres jurisconsultes éminents parmi lesquels nous citerons Rocco et M. Fœlix.

Savigny (241) admet que le régime légal résulte d'une convention tacite, mais il ajoute, pour ainsi dire, à ces conventions tacites, celle de se soumettre à la loi du domicile du mari qu'il appelle le domicile matrimonial. Schœffner (242) et Bar (243) se prononcent aussi dans le même sens. Schœffner toutefois montre que ce système ne saurait s'appuyer, comme on a voulu le démontrer, sur la loi 65, (D. *De judiciis*) qui n'est relative qu'à la compétence, question qu'il faut soigneusement séparer de celles qui touchent aux purs rapports de droit. Si les époux ont fait un contrat de mariage, on s'accorde pour donner plein et entier effet

(241) Savigny : *Système du droit romain*, t. VIII.

(242) Schœffner : op. cit., §§ 106 à 108.

(243) Bar : *Das Internationale Privatrecht*, § 98.

à leurs stipulations en tout pays, à moins, bien entendu, qu'on ne se trouve en face d'une loi formellement prohibitive. Les auteurs, dont nous venons de parler, ne s'occupent presque tous dans leurs discussions que du régime de communauté.

Rocco (244), dans son excellent traité de droit international avait eu l'occasion de traiter notre question. Il n'a guère envisagé qu'une situation, celle d'un individu se mariant au lieu de son domicile, plus spécialement dans le royaume des Deux-Siciles, et il se demande à quel régime seront soumis les biens de cet individu qui sont situés hors du royaume. Dans l'hypothèse où un contrat a été passé adoptant le régime de communauté, Rocco n'hésite pas à dire que les biens sis à l'étranger seront soumis à ce régime. Il distingue fort heureusement le cas où la loi locale étrangère diffère simplement de la loi du domicile de l'époux du cas où cette loi est prohibitive, pour n'étendre l'action du régime adopté aux biens étrangers que dans le premier cas seulement. Si un mariage a été célébré sans contrat en un pays qui admet le régime de communauté, il ne saurait être question de la nature du régime, mais seulement de l'intention des époux : il y a un contrat tacite qui a la même force qu'un contrat exprès. La loi du pays s'étend immédiatement sur les biens qui y sont situés, médiatement et par le consentement tacite des parties sur les biens qui se trouvent à l'étranger. Le système contraire multiplierait les fraudes et les soupçons entre les époux. « La « *ragion pubblica delle genti*, nous dit-il, *comune a tutti gli Stati* « *inciviliti*, non permette che gli atti dirittamente esercitati, e le « *convenzioni legalmente fatte in un paese cessino l'energia* « *loro sul territorio altrui.* » Il ajoute comme Savigny qu'on ne saurait présumer que les époux ont voulu s'en référer à un autre statut que celui qui était connu d'eux, c'est-à-dire celui du domicile du mari.

(244) Rocco: *Trattato di diritto civile internazionale*, Lib. III, cap. 21 et 22, (pages 563 à 584 de l'édition de Livourne de 1859).

Fœlix est aussi partisan de la loi du domicile du mari qu'il applique en tant que loi personnelle de ce dernier. Mais il écarte l'idée d'une convention tacite. « Le fait des époux qui s'unissent « par mariage reçoit, quant aux biens, sa direction de la loi « personnelle du mari ; et la loi personnelle du mari exerce « ses effets même sur ceux des biens immeubles appartenant aux « époux, qui se trouvent situés hors du territoire pour lequel « cette loi a été rendue (245). » Nous ne voyons pas très bien ce que Fœlix veut dire par cette loi personnelle qui imprime une direction aux faits de l'homme. Il ne s'agit pas ici pour lui de questions de capacité, ou de formes, ou de fond ; il l'a dit dans les paragraphes précédents, il repousse le statut réel ; enfin, renonçant à l'idée de convention tacite, il ne peut faire allusion à des règles d'interprétation de la volonté des parties. Toutefois, il admet en termes exprès l'application de la loi du domicile du mari et en présente des conséquences logiques.

Citons enfin comme partageant la manière de voir de Fœlix, M. Brocher (246), professeur de droit à l'université de Genève, Le savant auteur constate que la doctrine de Dumoulin a prévalu dans la pratique et qu'on s'en réfère aux lois du domicile où les époux s'établissent. Sans doute, si les époux ont fait un contrat de mariage, on devra respecter leurs conventions. Examinant ensuite le cas où aucun contrat n'a été rédigé, il résume les anciennes controverses et montre les motifs qui ont fait adopter le système des conventions tacites. Il le critique très vivement et non sans quelque apparence de raison. Bien des époux seront dans l'impuissance absolue de dire sous quel régime ils ont voulu se marier en ne faisant pas de contrat, quel domicile ils voulaient élire après leur mariage. Et « s'il y a doute

(245) Fœlix : op. cit., § 90, page 207 et ss. — Ce système a été aussi adopté par M. Bellot de Minières dans son *Traité du contrat de mariage*, nos 10 et 16.

(246) Brocher : op. cit' § 74.

« pour les époux, n'y en aura-t-il pas, à plus forte raison, pour les tiers intéressés ? En supposant même que les époux aient eu une intention bien déterminée, la preuve des faits qui doivent la révéler sera-t-elle facile à faire ?... Que fera-t-on s'il y a eu plusieurs domiciles transitoires ? » Aussi la conclusion de M. Brocher est-elle celle-ci : « On ferait mieux de renoncer définitivement à l'idée d'un contrat tacite... La meilleure preuve à lui substituer serait d'admettre qu'en l'absence d'un contrat valable, le régime serait celui de la loi personnelle de l'époux au moment du mariage. Rien ne s'oppose à ce que, sans recourir à l'idée d'une convention tacite, on considère cette loi comme devant en ressortir les effets, puisque c'est là ce que réclament les exigences de la matière. » L'objection de M. Brocher est évidemment très sérieuse, et l'incertitude qu'il signale se présentera bien souvent en fait. Mais est-ce une raison pour abandonner les vrais principes juridiques qui dominent la matière et que le Code a vraisemblablement recueillis de la tradition ? Puis enfin, non plus que Félix, M. Brocher ne propose une raison décisive de décider autrement : il se borne à de simples affirmations, nous nous permettons de trouver que c'est insuffisant, s'agit-il même d'un juriste aussi remarquable que M. Brocher.

Bien plus juridique est l'opinion de M. P. Fiore (247). Cet auteur montre d'abord le lien intime qui unit le mariage et le contrat de mariage, d'où il conclut à la nécessité de leur appliquer une seule et même loi. Il propose alors de substituer à la loi du domicile du mari la loi nationale de celui-ci. Si, en effet, l'option était obligatoire, nous nous rallierions à l'opinion de M. Fiore ; la loi nationale est infiniment préférable à la loi du domicile quand il s'agit de régler le statut personnel d'un individu. Cette loi a été faite pour les nationaux, eu égard à leurs aptitudes, à leur développement intellectuel et à leurs facultés. Bien mieux que la loi du domicile, elle appréciera ce qu'elle peut leur permet-

(247) P. Fiore : op. cit. §§ 323 à 333. page 497 et ss.

tre, ce qu'elle doit leur défendre. Cela posé, M. Fiore examine les deux hypothèses de la rédaction d'un contrat et de l'absence de contrat.

Quant au contrat lui-même, il règle des questions trop importantes, il touche à des intérêts trop élevés pour qu'on le laisse à l'entière discrétion des époux. On ne peut reconnaître aux parties le droit de choisir entre une loi étrangère et leur loi nationale : cette dernière s'impose d'une façon absolue. Ce que M. Fiore dit du contrat exprès s'applique évidemment au cas où aucun contrat n'a été rédigé. Les parties n'ont pas fait de contrat, elles s'en sont sur ce point rapportées à la loi, qui ne peut être que la loi nationale du mari. Critiquant assez vivement l'opinion de Dalloz qui, avec les auteurs et les arrêts de France, s'en réfère à la volonté expresse ou supposée des parties et adopte la loi du domicile matrimonial, le savant auteur déclare que l'état des personnes qui composent la famille italienne résidant en France dépend de la loi italienne, le régime économique de leur patrimoine ne saurait relever d'une autre loi. Il applique donc la loi nationale du mari, en réservant seulement les cas où on se trouverait en face d'une disposition formellement prohibitive de la loi locale.

C. Pour nous, nous repoussons ces divers systèmes pour nous rallier à la théorie défendue par M. Laurent (248) et qui est, à peu de chose près, la solution donnée par Dumoulin à la *Famosissima quæstio*. Ce système a été adopté en fait par la jurisprudence française, quoique souvent motivé en droit d'une façon inexacte. Les tribunaux français s'arrêtent bien à l'intention probable des parties, mais la plupart d'entre eux érigent en criterium absolu l'élection par les parties de leur domicile matrimonial. Le plus souvent ce système arrivera aux mêmes résultats que celui de M. Laurent, voire même que le système de

(248) Laurent : op. cit., t. V., §§ 198 à 227. — Même auteur : *Principes de droit civil français*, XXI, §§ 200 à 205.

MM. Schæffner, Félix et Fiore. La nuance est sans doute délicate à saisir ; nous espérons qu'elle ressortira nettement de l'exposé que nous allons faire de la doctrine de M. Laurent.

En matière de conventions matrimoniales, le principe est posé par l'art. 1387. Les parties peuvent faire à l'occasion de leur mariage telles conventions qu'il leur plaira à condition toutefois de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs, et la loi ne régit l'association conjugale qu'à défaut de conventions spéciales. Peut-on consacrer d'une façon plus complète le principe de la liberté des parties, et la doctrine de Dumoulin sur les conventions tacites ? Le contrat se trouve ainsi placé en dehors de tout statut réel ou personnel : il échappe absolument aux deux termes posés par l'art. 8 de notre Code civ. La volonté des parties est souveraine et, dit l'art. 1134, les conventions des parties leur tiennent lieu de loi. Dans tous les articles qui organisent le régime légal, la loi s'efforce d'interpréter l'intention probable des parties, de régler au mieux leurs intérêts. On considère la communauté de vie résultant du mariage comme devant amener la communauté de biens : la loi adopte cette manière de voir et consacre comme régime légale la communauté de biens. Mais elle n'a pas la prétention de lier la volonté des parties qui peuvent très bien écarter le régime légal, pour assigner d'autres règles à leurs relations pécuniaires.

Les jurisconsultes français admettent pour la plupart que le Code a consacré sur ce point la théorie de Pothier et de Dumoulin, la théorie du contrat tacite ; MM. Demangeat (249), Demante, Aubry et Rau (250), Demolombe (251) l'admettent et pour eux la question ne fait pas doute.

Il n'y a donc aucune différence à faire entre le régime issu d'un contrat de mariage et le régime légal entrant en vigueur

(249) Demangeat sur Félix, p. 208, note a.

(250) Aubry et Rau : op. cit. V page 274, voir l'intitulé du § 504 bis.

(251) Demolombe, t. I, § 87.

en l'absence de contrat. Qu'on suppose un contrat contenant seulement la mention que les parties adoptent le régime légal : il y a évidemment là un acte de volonté. Que les parties s'y réfèrent purement et simplement sans expression formelle, qu'y a-t-il de changé ? Rien, si ce n'est la formule d'adoption du régime.

Les Etats qui ont une législation issue de la nôtre, ont tous consacré le même principe de la liberté des parties contractantes, ce qui écarte l'idée de régime obligatoire soit au point de vue de la loi personnelle, soit au point de vue de la loi réelle. M. Fiore lui-même ne se heurte-t-il pas à la disposition de l'art. 1378 du Code civil italien qui consacre le droit des époux de régler leur régime matrimonial comme il leur convient ? Comment comprendre qu'une même loi puisse à la fois être facultative et être impérative ? Les Codes qui imposent un régime aux parties ont soin de s'en expliquer nettement et de refuser aux époux le droit de rédiger un contrat de mariage dans le sens où nous entendons ce mot : c'est ainsi que dans plusieurs cantons suisses le régime légal est obligatoire, et le contrat de mariage, lorsqu'il est permis, a dans ces pays le caractère de simple disposition à cause de mort.

On s'expose à une contradiction en rattachant au statut personnel, qu'il soit celui du domicile ou celui de la nationalité, le régime des biens pendant le mariage. Les lois qui règlent la capacité et l'état des personnes sont obligatoires ; aucune convention n'en saurait modifier l'application, et elles suivent l'individu en tout pays. C'est là le caractère des lois du statut personnel, du moins suivant la tradition. Eh bien, comprend-on que l'on rattache au même ordre de lois une série de dispositions en tête desquelles le législateur inscrit la liberté absolue pour les parties de se soustraire à leur application (252).

Nous avons donc affaire ici à une convention, et cette convention est même dans la plupart des pays plus favorisée que

les autres conventions, en ce sens que les parties peuvent y insérer des clauses qui leur seraient interdites en dehors du contrat de mariage. Si les parties refusent d'user de cette liberté de stipuler des clauses particulières, n'y aura-t-il pas par ce fait de convention ? Rocco l'a fort bien dit : le régime légal s'applique aux biens, non pas immédiatement, mais médiatement et en passant par la volonté des époux. Est-ce là une loi impérative ? Assurément non.

M. Fiore dit qu'il s'agit en cette occurrence d'une loi qui règle le régime économique du patrimoine de la famille. Nous ne voulons pas examiner si les lois de l'ordre économique n'appartiennent pas plutôt au statut réel qu'au statut personnel. Mais en admettant cette assertion comme bien fondée, toute législation devrait imposer aux parties un régime unique fondé sur des considérations propres au pays pour lequel elle statue. Il est facile de voir les inconvénients qu'entraînerait un tel système pour les individus se mariant en un pays étranger où l'état social est différent de celui de leur patrie.

En un mot, on pourrait presque dire qu'en matière de régime matrimonial il n'y a pas de loi au sens précis du mot ; il n'y a que des règles d'interprétation.

M. Brocher semble trouver insoluble une objection qui a été faite déjà dans l'ancien droit, et qui a été reproduite sous l'empire du droit nouveau. D'Argentré disait qu'au cas où des époux mineurs se marient sans contrat, ils sont régis par la communauté coutumière, qui prend dans ce cas là un caractère obligatoire, c'est-à-dire réel, les mineurs étant dans l'incapacité de faire seuls un contrat. Avec ce système, la communauté serait conventionnelle pour des époux majeurs, obligatoire pour des époux mineurs. Mais il est facile de répondre que l'incapacité des mineurs est effacée par l'assistance et le consentement de certaines personnes, que le mineur peut avec leur assentiment adopter tel ou tel régime, tacitement, s'il s'agit du régime légal, expressément, s'il s'agit de tout autre régime.

Il faut donc s'en rapporter uniquement à l'intention des parties, ce sera aux tribunaux à décider quelle elle a été. La majorité des auteurs s'arrête au domicile matrimonial et cherche dans le fait par les époux de s'établir dans tel ou tel domicile la preuve qu'ils ont voulu adopter la loi en vigueur dans ce domicile. « A notre avis, disent MM. Aubry et Rau (253), cette « manière de voir n'est point exacte. Le domicile du futur époux « ne saurait être considéré comme indiquant, par lui-même et « nécessairement, de la part de la future épouse, l'intention « de se soumettre à la loi de ce domicile. C'est le lieu où les « futurs conjoints se proposaient de fixer le siège de leur association conjugale, qu'il convient avant tout de prendre en « considération, pour déterminer la commune intention, quant « au régime auquel ils entendaient se soumettre ; et ce n'est « qu'en l'absence de circonstances de nature à indiquer le contraire, qu'elles doivent être présumées avoir voulu établir leur « domicile matrimonial au lieu du domicile du mari. » Parmi les auteurs qui acceptent cette opinion, nous pouvons encore citer MM. Rodière et Pont.

C'est à tort qu'on veut établir une présomption là où la loi n'en crée aucune. Nous sommes en matière de convention, c'est-à-dire dans des hypothèses où la volonté des parties peut se donner libre carrière. Pourquoi venir imposer ici un criterium qui est une pure question de fait souverainement appréciée par les cours et tribunaux, comme l'a dit si souvent la Cour de cassation devant laquelle la question s'est présentée à de nombreuses reprises.

Nous allons examiner les principales situations possibles et voir quelles solutions elles réclament.

I. Il a été fait un contrat de mariage : ce contrat devra s'appliquer en tout pays mais dans celles de ses clauses seulement qui ne heurtent pas l'ordre public local. Deux Français contractant

(253) Aubry et Rau : op. cit., § 504 bis, t. V, page 275, note 4.

en France pourront y adopter la communauté et y comprendre leurs biens situés en Angleterre ou en Autriche. De même des Anglais se prévaudront en France des conventions matrimoniales organisant en faveur de la femme un système de fidéi-commis par *trustees*. Ces *trustees*, aux yeux des tribunaux français, sont réputés propriétaires des biens de la femme, et si le mari les a vendus en contravention aux clauses du contrat, ils ont le droit d'en réclamer le prix, notamment dans la faillite de ce dernier (254).

Peu importe, d'ailleurs, que les époux soient de même nationalité ou de nationalité différente. Cela n'a aucune influence sur l'accord de leurs volontés. Leur contrat sortira partout son plein et entier effet dans toutes ses clauses et stipulations (255). Tous les auteurs cependant s'accordent à faire à ce principe une exception qui se justifie d'elle-même. Les parties ne peuvent prétendre se prévaloir en tiers pays de clauses contraires à l'ordre public local. Il s'agit de savoir ce qu'il faut entendre par cet ordre public et quelles sont les prescriptions qui sont d'ordre public en notre matière. La question s'est surtout posée pour le cas où la femme dotale possède des immeubles en un pays qui ne reconnaît pas l'inaliénabilité des biens dotaux, et pour le cas où, comme en Italie, on se trouve en face d'un texte qui prohibe l'adoption d'un certain régime, ou comme en certains cantons suisses où la loi admet un seul régime obligatoire pour les époux.

(254) Affaire Fergusson ; Cass. ch. civ., 20 avril 1869 : D. P. 1870, I, 99. — Voir aussi en ce sens un arrêt de la Cour de Paris du 4 août 1853 : D. P. 1855, II, 315. — Aix, 8 nov. 1870 : D. P. 71, II, 216. Affaire Mallet et sur la même affaire, Bordeaux 2 juin 1875 : D. P. 76, II, 143.

(255) Voir l'arrêt déjà cité de la Cour de Cass. req. du 24 décembre 1867, validant avec toutes ses conséquences un contrat de mariage fait en Espagne, portant adoption du régime dotal et contenant des donations entre époux *propter nuptias*, mais faites après la célébration du mariage et irrévocables d'après la loi espagnole.

Deux époux font en France ou en Italie un contrat de mariage par lequel ils adoptent le régime dotal. La femme possède des biens situés à l'étranger : tomberont-ils sous le coup de la stipulation de dotalité ? Dans l'ancien droit, il s'était produit sur ce point des discussions très vives à propos des conflits qui pouvaient s'élever entre la coutume de Normandie et les coutumes de communauté. Dumoulin, Froland et Bouhier (256) s'étaient prononcés pour l'application à la question du statut personnel. Il est presque inutile de dire que d'Argentré et ses partisans appliquaient les règles du statut réel à ce qui concernait l'inaliénabilité du bien de la femme. Fœlix (257) se déclare pour la théorie de d'Argentré et place sous l'empire du statut réel toutes les questions relatives au régime dotal. Malheureusement, le savant auteur ne développe pas les raisons qui l'ont amené à adopter cette solution. Voici toutefois celles qu'on propose généralement : L'inaliénabilité remonte à l'empereur Auguste qui défendit au mari d'aliéner seul les biens de la femme sans le consentement de celle-ci. Justinien voulant assurer plus efficacement le recouvrement de la dot transforma cette incapacité en inaliénabilité absolue à l'égard des deux conjoints. Qu'on joigne à cela le but qu'avait Auguste de favoriser les seconds mariages et l'on comprendra qu'il s'agit ici d'une question d'ordre public. On argumente enfin du § 2 de l'art. 3 de notre Code civil.

L'opinion contraire soutenue par MM. Laurent (258), Demangeat (259) et Demolombe (260) nous semble bien préférable. Le régime dotal ne diffère pas des autres régimes, il s'agit d'une question de convention. Ce n'est pas la loi qui crée l'inaliénabi-

(256) Voici les renvois indiqués dans les notes précédentes aux ouvrages de ces auteurs.

(257) Fœlix : op. cit., § 60, page 124.

(258) Laurent : op. cit. V, § 226.

(259) Demangeat sur Fœlix : page 213, note a.

(260) Demolombe : I, §§ 85 et 86.

lité, ce sont les parties qui adoptent le régime dotal. On se trouve dans une hypothèse absolument analogue à celle où les parties adoptent le régime de communauté légale par un contrat formel. L'art. 3 n'a donc rien à voir dans la question présente. Quant à la maxime romaine « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere*, » elle n'a plus de raison d'être dans l'état actuel des choses où l'on n'a plus à encourager les seconds mariages. Enfin, c'est à tort que l'on voit dans l'inaliénabilité du fonds dotal une indisponibilité. C'est une incapacité destinée à protéger les femmes et les enfants contre l'administration malheureuse ou coupable du chef de la famille. Peut-on permettre aux époux d'éluder à l'étranger les mesures de précaution prises en faveur de la femme et librement acceptées par le mari lors de la rédaction du contrat de mariage ? C'est seulement quand les biens seront situés dans un pays qui prohibe formellement l'inaliénabilité, qu'on se trouvera dans le cas d'exception à la règle pour cause d'ordre public, si nous pouvons ainsi parler. Dans ce cas seulement, les époux pourront se prévaloir du statut local. En dehors de cette hypothèse, ils ne le pourront jamais.

Rocco (261) a fort bien déduit toutes ces considérations dans son chapitre XXII, et il dit qu'on ne se pose qu'une question : la loi de la situation du bien veut-elle ou non l'aliénabilité des biens dans un intérêt d'ordre public.

La femme française ou italienne pourra donc se prévaloir hors de son pays des règles de dotalité et d'inaliénabilité stipulées dans son contrat de mariage. Inversement, la femme dotale étrangère ne pourra réclamer en France l'inaliénabilité si la loi de son contrat de mariage ne la lui accorde pas ou lui interdit de la stipuler. L'aliénabilité des biens dotaux n'est pas contraire à l'ordre public français, puisque la loi permet de l'admettre par contrat de mariage.

Quant aux deux autres questions dont nous avons parlé comme

(261) Rocco : op. cit., page 557 et ss.

pouvant se présenter en notre matière, les auteurs sont en désaccord sur la solution à leur donner. La loi locale prohibe l'adoption d'un certain régime légal obligatoire. Il est évident que cette loi s'appliquera aux contrats de mariage rédigés sur le territoire auquel elle commande. Mais elle ne saurait s'imposer aux contrats de mariage faits en territoire étranger. Les tribunaux français ont en plusieurs circonstances appliqué cette théorie à des époux italiens mariés en France sans contrat, notamment dans un arrêt de la Cour d'Aix du 27 novembre 1854, et un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1857 (262). Cette solution doit s'étendre aux contrats exprès. C'est la doctrine du Parlement de Paris : la jurisprudence des tribunaux italiens serait probablement contraire, surtout s'il s'agissait d'époux italiens, comme l'était celle du Parlement de Normandie. Il n'est pas besoin de dire que M. Fiore (263), dans la dernière hypothèse que nous avons signalée, tient plus que jamais pour l'application de la loi nationale du mari.

II. Nous avons maintenant à envisager le cas où aucun contrat de mariage n'a été rédigé. Quelle loi devra-t-on appliquer ? Nous avons rejeté successivement la loi du lieu du contrat, la loi de la situation des biens, la loi du domicile et la loi nationale du mari. Nous avons dit, et nous ne voulons pas y revenir, que nous étions dans la matière des conventions où la volonté des parties joue un rôle absolu, souverain. Les juges saisis de questions relatives au régime adopté par les époux en l'absence de contrat ne doivent se préoccuper que d'une chose, l'intention probable des parties.

La jurisprudence, au fond, admet cette théorie et l'applique aux questions qui se posent devant elle ; mais elle a le grand

(262) Affaire Raibaldi : D. P. 1857, II, 43, et Sir. 1856, II. 222. — Affaire Fraix ; arrêt de rejet de la chambre civile : D. P. 1857, I, 109, et Sir., 1857, I, 247.

(263) Fiore : op. cit., § 328.

tort d'établir une présomption pour résoudre cette question d'intention. Elle adopte le terme traditionnel de domicile matrimonial, et cela l'entraîne souvent loin de la question. On est amené ainsi à se demander quelles sont les conditions nécessaires pour acquérir un vrai domicile, si un domicile de fait ne suffit pas, alors même qu'il n'est pas accompagné de l'autorisation du chef de l'Etat. Encore une fois, la question n'est pas là. Sans doute on sera porté à croire à l'adoption par les époux des lois du lieu où ils ont fixé leur principal établissement aussitôt après le mariage. Mais ce ne sera qu'une raison de décider prise entre bien d'autres ; elle pourra souvent faire défaut et on devra tirer des inductions des faits de la cause comme des déclarations antérieures des parties, de leurs actes, de la manière dont les époux ont administré leur patrimoine.

Nous lisons dans un arrêt de la Cour d'Aix (264) du 12 mars 1878 : « Les époux, dont l'un est Français, l'autre étranger, sont, « en l'absence de contrat, régis par la loi du domicile matrimo-
« nial ; sur ce point l'*intention* est à considérer avant la natio-
« nalité, sans qu'il soit nécessaire que la fixation du domicile ait
« été accompagnée d'une autorisation du gouvernement. » L'arrêt s'appuie ensuite sur les faits tendant à établir que les deux époux s'en sont référés à la loi française ; avant comme après le mariage, G... a eu en France son principal établissement sis à Marseille ; il s'est marié dans l'Ardèche, s'y est retiré lors de sa maladie et y est mort, et l'arrêt ajoute : « L'intention et le fait, dans
« de telles circonstances, donnent lieu de croire que Frédéric
« Ghisla a voulu assurer à sa femme le bénéfice de la législation
« du pays dans lequel il s'est définitivement fixé avec elle. » La Cour d'Aix établit bien qu'il faut rechercher l'intention des parties et étudier les faits de la cause. Peu de temps auparavant, la Cour de Bordeaux (265) rendant un arrêt, avait adopté la théorie

(264) Clunet : 1878, p. 610 ; affaire Ghisla.

(265) Clunet : 1877, p. 237 ; affaire Bronski.

du domicile matrimonial comme établissant une présomption de la volonté des époux.

Nous ne saurions entreprendre de citer tous les arrêts qui ont été rendus sur la matière et qui sont reproduits dans les recueils de jurisprudence : Nous en rapporterons quelques-uns des mieux motivés.

Supposons d'abord des étrangers se mariant en France sans contrat. On se demande alors si ces époux n'ont pas entendu adopter la loi française pour régler leurs rapports pécuniaires. « Considérant, nous dit la cour de Paris, que la qualité d'étran-
« ger qui appartenait à Breul (266) ne saurait empêcher l'appli-
« cation des art. 1393 et 1400 C. Nap.; qu'en effet la loi, en
« disposant comme elle l'a fait, suppose que les parties se sont
« abstenues volontairement d'établir par écrit leurs conventions
« et qu'il a été formé entre elles un contrat tacite *que seulement*
« *elle constate* et dont elle règle les conséquences ;... considérant
« que pour appliquer ces principes à des étrangers, il ne suffit
« pas que le mariage ait été contracté en France, qu'il faut encore
« que la volonté des contractants se soit manifestée par des faits
« certains — que l'établissement d'un domicile en France a tou-
« jours été considéré comme la manifestation la plus positive de
« cette volonté » et la Cour constate que le mari n'avait con-
servé ni résidence ni domicile en son pays natal, mais avait
transporté en France et placé en ce pays toute sa fortune tant
mobilière qu'immobilière.

Le fait du mariage en France n'est pas en effet suffisant pour emporter l'application du régime légal français. On ne peut supposer par ce fait seul que l'étranger ait entendu adopter la loi française. Cette question est très-clairement discutée dans le journal de M. Clunet (267). Les époux anglais mariés en France

(266) Affaire Breul. Arrêt de la Cour de Paris du 15 déc. 1853 : D. P. 1855, II, 192.

(267) Journal de Clunet : 1882, page 293 et ss.

sont présumés avoir adopté le régime en vigueur dans leur patrie, s'il résulte des faits de la cause qu'ils ont voulu se soumettre au régime anglais, et par exemple s'ils ont fait célébrer leur union à l'ambassade d'Angleterre et ont toujours déclaré s'en référer aux lois de leur patrie (268).

Ce système qui ne tient compte que de l'intention des parties et en recherche la preuve dans l'établissement d'un domicile, a été adopté par plusieurs arrêts de la Cour de cassation et des Cours d'appel (269).

Il y a là pour ainsi dire un cercle vicieux. L'établissement du domicile résulte bien de l'intention des parties, il constitue un des indices les plus propres à faire connaître cette volonté ; mais on ne doit pas l'ériger, comme tend à le faire la jurisprudence, en une sorte de présomption légale. Le choix d'un domicile et l'adoption d'un régime sont deux choses absolument distinctes. Seules les parties peuvent établir entre elles une certaine connexité et la tâche des tribunaux consistera précisément à rechercher si cette connexité existe. C'est bien en somme ce qu'ils font, mais on peut leur reprocher de ne pas dégager assez nettement le principe à appliquer en notre matière. Il faut tenir compte évidemment de l'influence de la théorie traditionnelle pour comprendre la solution admise par la jurisprudence et que détruisent souvent les considérants même des arrêts qui la consacrent. C'est ainsi que dans la détermination du domicile matrimonial, on se contente d'une simple résidence de fait dépourvue de tout caractère juridique (270).

(268) Affaire Evans. Cass. rej. reg., 18 août 1873 ; D. P. 1874, I, 258.

(269) Bordeaux, 24 mars 1876 : D. P. 1878, II, 79 et Sir. 1876, II, 109, Affaire Forgo. Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 juin 1875 semble consacrer la théorie d'après laquelle le régime matrimonial dépend de la loi du domicile du mari ; mais il admet en fait la loi du domicile matrimonial. Affaire Prudentia Garcia. D. P., 1876, II, 143.

(270) Paris, 3 août 1849 : Sir. 1849, II, 420. — Paris, 15 décembre 1853 : D. P. 1855, II, 192.

Un jugement du tribunal belge de Nivelles, rendu le 19 février 1879, a très heureusement formulé le système que nous défendons en décidant que : à défaut de conventions nuptiales expresses entre un Anglais résidant en Belgique et une Française se mariant en France, le régime qui règle leur association conjugale quant aux biens se détermine d'après la loi à laquelle les époux ont l'intention de se conformer, et que cette intention peut se révéler par un ensemble de circonstances au nombre desquelles il faut placer en première ligne le choix du domicile matrimonial (271). Sauf réserves quant au mot *il faut*, nous ne pouvons qu'approuver pleinement cette théorie.

Si le mariage a été célébré sans contrat à l'étranger entre deux Français, ou entre un Français et une étrangère, un étranger et une Française ou enfin entre deux étrangers, la solution sera la même. On s'en tiendra strictement à la volonté des parties telle qu'on peut l'induire des faits de la cause. Les époux, dès après le mariage, sont venus se fixer en France et y ont résidé jusqu'à la fin de leur existence, ou bien ils ont fait enregistrer leur mariage au consulat de France : on appliquera en ces divers cas le régime de la communauté légale française. Dans d'autres hypothèses, on appliquera le régime étranger que les parties ont voulu adopter.

Il s'est présentée devant la Cour suprême une espèce, dans laquelle il était impossible de tenir aucun compte du domicile matrimonial. Lors de la conquête de l'Algérie, on a laissé aux indigènes juifs et musulmans leur droit antérieur auquel ils pouvaient renoncer par convention contraire pour adopter la législation française. Deux juifs algériens s'étaient mariés par-devant le maire de Blidah, sans rédiger d'ailleurs aucun contrat : le Tribunal de Blidah, la Cour d'Alger et enfin la Cour de cassation décidèrent qu'ils avaient adopté le régime de communauté tel qu'il est organisé par la loi française. On ne pouvait

(271) Revue de Gand : t. XIII, 1881, p. 65.

s'arrêter au domicile ou à la résidence. On décida que la renonciation des époux à la loi mosaïque résultait des faits de la cause : ils s'étaient mariés à la mairie au lieu de se marier devant le rabbin ; dans divers actes authentiques, les époux avaient déclaré commun un immeuble acquis pendant le mariage ; la femme s'était fait autoriser par son mari à subroger les tiers créanciers dans ses droits et reprises et dans son hypothèque légale. Les juges s'arrêtèrent aux faits et aux circonstances pour soumettre les époux au régime de communauté ; décision d'autant plus remarquable que les indigènes, en vertu de l'art. 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1882, sont *présumés* avoir contracté *entre eux* selon la loi du pays, à moins qu'il n'y ait convention contraire. Il est difficile de consacrer d'une façon plus éclatante la théorie des conventions tacites (272).

Ce régime intentionnel une fois reconnu devra prévaloir en tout pays, qu'il s'agisse du régime de communauté, des régimes exclusifs de communauté, ou du régime dotal. Il nous suffit de renvoyer aux explications que nous avons données à propos du cas où un contrat de mariage a été rédigé. Les Français mariés à l'étranger sous un régime légal frappant de dotalité tous les biens de la femme verront les biens de celle-ci situés en France astreints à ce même régime. Il en serait évidemment de même des époux étrangers. Ainsi une femme écossaise pourra opposer aux créanciers français la législation matrimoniale de son pays et qui déclare inaliénables et insaisissables les objets mobiliers d'ornement ou d'utilité servant à son usage. Et, dit le tribunal de Boulogne (273), ces règles dérivant du régime légal ont la même force que si elles eussent été inscrites dans des conventions matrimoniales. Ainsi encore les immeubles acquis en

(272) Arrêt de rej., Ch. req., 5 janvier 1876 : D. P. 1876, I, 257 ; Sir. 1876, I, 308. — Voir sur cet arrêt le commentaire de M. Laurent : *op. cit.*, V, § 209).

(273) Tribunal de Boulogne-sur-Mer, 11 février 1854 : D. P. 54, III, 37.

France par des époux anglais mariés sous le régime du *Common Law*, appartiendront aux époux suivant les dispositions du droit anglais.

On s'en réfère donc à la convention tacite des parties comme on se fût référé à leur convention expresse.

On recherche d'abord quel régime a été établi, et ensuite quelles conséquences ce régime doit avoir en pays étranger suivant la loi à laquelle les parties ont voulu se conformer.

S'agit-il du régime dotal (274) ? c'est cette loi qui décide comment se constitue la dot et quels biens sont dotaux, sauf l'application des règles locales qui peuvent interdire formellement dans l'intérêt des tiers la constitution ou l'augmentation de la dot après le mariage. Cette loi règle encore la question de l'inaliénabilité de la dot, des droits et des devoirs du mari administrateur de la dot, la mesure de la capacité de la femme.

S'il s'agit du régime de communauté, c'est encore à la convention tacite des parties qu'il appartient de régler la composition de l'actif et du passif de la communauté, les droits d'administration du mari sur les biens communs et sur ceux de la femme, les reprises et récompenses, la liquidation de la communauté, le droit de renonciation de la femme. Presque toutes les législations qui admettent le régime de communauté consacrent en faveur de la femme le droit de renonciation. Là même où la loi ne l'établit pas, comme en Portugal ou en Espagne, la jurisprudence l'a introduit comme contrepoids nécessaire à l'omnipotence du mari. Les conflits seront donc rares sur ce point. Ils pourront au contraire se présenter sur une autre question qui est différemment réglée par les divers Codes : nous voulons parler de la continuation de la communauté. M. Laurent (275) applique sans hésiter le principe des conventions

(274) Rocco : op. cit. page 575 et ss.

(275) Laurent : op. cit. V. § 217.

tacites aux dispositions qui établissent la continuation ou la non-continuation de la communauté. L'intérêt pratique de la question est évident si on admet, par exemple, avec la majorité des auteurs que le délai donné à la femme pour faire inventaire est un délai fatal, après l'expiration duquel elle perd son droit d'option. Nous acquiesçons à l'opinion émise par M. Laurent, mais en y apportant une restriction que lui-même nous a suggérée. La continuation de la communauté entre l'époux survivant et les enfants aboutit à l'indivision. Or, certaines lois, comme la loi française voient dans l'indivision un état de fait fâcheux, auquel il importe de mettre fin le plus tôt possible, et cela autant dans un but économique et social qu'en vue de diminuer les procès. Pour nous donc, l'art. 815 et les textes analogues constituent une disposition d'ordre public qui devra l'emporter sur les conventions des parties, ces conventions fussent-elles expresses. Si aucune des parties ne demande le partage nous ne voyons rien qui s'oppose à la continuation de la la communauté.

Disons enfin que la convention tacite réglera les avantages accordés par la loi à la femme mariée. Il en est ainsi du douaire. Il est parfaitement loisible à la femme de stipuler un douaire conventionnel. Si la loi à laquelle elle s'est référée le lui accorde, quelle différence y a-t-il entre les deux hypothèses ? Aucune. Aussi dans l'ancien droit Bouhier appliquait au douaire coutumier le principe de Dumoulin.

Nous croyons qu'aujourd'hui encore il faut admettre ici une convention tacite pour le douaire qui ne change pas de nature parce qu'il est légal au lieu d'être conventionnel. C'est pourquoi nous ne saurions accepter la théorie consacrée par un arrêt de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 25 mars 1881 (276). Cet arrêt décide que les questions qui se rapportent au douaire sont d'ordre essentiellement réel et tombent

(276) Affaire Lesieur : Clunet 1881, 427 et 1882, p. 87 ; D. P. 1881, I, 381 ; Sir. 1883, I. 65.

sous l'application de l'art 3. Deux époux originaires de Virginie s'étaient mariés dans cet Etat. Or la loi de Virginie n'admet pas la communauté, mais assure à la femme à titre de douaire le tiers des biens du mari, que le mari dans l'espèce, avait porté à la moitié de sa fortune, comme le permettait la loi de cet Etat. Il mourut laissant deux enfants : un immeuble sis à Paris se trouvait dans la succession. La femme demanda la moitié de cet immeuble en se prévalant des règles du régime légal français de communauté : sur cette prétention, elle échoua et elle devait échouer. Elle demanda alors à ce qu'on lui reconnût sur l'immeuble un droit de copropriété de moitié à titre de douaire. Le Tribunal de la Seine admit ce système établissant que les époux peuvent se prévaloir en tous lieux du régime adopté, et qu'avec une solution contraire, leurs plus légitimes espérances pourraient être trompées. Mais il réduit le douaire au tiers légal et cela en vertu de l'art. 1094 du C. civ. C'était là, selon M. Renault (277), une grave erreur. Du moment où on appliquait la loi américaine, il fallait l'appliquer tout entière et sans distinction sous peine de s'arrêter à un système bâtard toujours condamnable. La Cour d'appel et la Cour de cassation n'envisagèrent la question qu'au point de vue de l'immeuble et, se fondant sur l'art. 3, écartèrent absolument les droits que la femme prétendait comme douairière. C'est là une erreur évidente. « On ne saurait, dit M. Renault, parler du douaire comme s'il s'agissait d'un droit d'une « nature particulière qui ne rentrerait pas dans le cadre de notre organisation de la propriété foncière... Ce que l'on dit s'appliquerait à un droit féodal, à une servitude imposée moins « au fonds qu'à la personne, à une substitution prohibée. Cela « ne saurait s'appliquer au douaire qui ne constitue nullement « un droit particulier sur les choses ; c'est une attribution de « propriété faite par la loi ou la convention. » Et le savant ar-

(277) Voir les notes de M. Renault sur l'arrêt du 4 avril 1881 au Sirey : 1883, I, 65.

retiste montre qu'en face d'une stipulation formelle la prétention de la demanderesse eût triomphé. Or, on se trouve en face d'une convention tacite qui n'a pas moins de force (278).

Nous n'avons pas besoin de dire que pour les régimes autres que ceux que nous venons de citer, la règle est la même ; il faut recourir à la convention tacite ou expresse des époux.

Etant donné la théorie que nous avons admise sur la nature personnelle du statut qui oblige à rédiger le contrat de mariage avant le mariage lui-même, étant donné aussi notre opinion sur le système des conventions tacites, nous n'avons pas à nous demander si les conventions matrimoniales une fois établies sont immuables. Nous l'admettons, et la jurisprudence française consacre ce système (279). Que les époux changent de domicile, qu'ils changent même de nationalité, leur régime matrimonial ne saurait changer. Les conventions qu'ils ont une fois faites ne peuvent plus être modifiées. C'est là, selon de nombreuses lois et particulièrement la loi française, une question de protection pour les époux et de sécurité pour les tiers. Elle touche donc à l'ordre public, et cette idée s'applique aussi bien aux conventions tacites qu'aux conventions expresses.

Les auteurs qui préconisent le système du domicile du mari ou de la loi nationale du mari examinent la question, et pour la plupart ils la tranchent en faveur de l'immutabilité du régime matrimonial. Cependant, réserve faite des droits antérieurement acquis à la femme et aux tiers, ne devraient-ils pas admettre que le changement de domicile ou de nationalité entraîne le changement de régime ? La possibilité de nombreux abus et de fraudes fréquentes les a seule empêchés d'admettre ce résultat, et ils se prononcent pour l'immutabilité. Telle est du moins la solution

(278) En ce sens Laurent : op. cit. V §§ 218 et 219.

(279) Chambéry, 19 juin 1861 : D. P. 62, V, 86, et Sir. 62, II, 69.— Metz, 9 juin 1852 : D. P. 52, II, 189. — Cass. req. rej. 20 février 1882 : D. P. 82, 1, 119.

admise par un certain nombre de jurisconsultes et de tribunaux d'Allemagne, quoique dans cet Etat plusieurs statuts locaux permettent aux époux de changer de régime en changeant de nationalité. L'application indirecte de ce système a été faite dans une décision du Tribunal de l'Empire dans une hypothèse, du moins, où il y avait eu un contrat de mariage formel (280). Pour les auteurs anglo-américains, la question de l'immutabilité du régime ne peut se poser que quant aux meubles, les immeubles étant toujours soumis à la *lex situs*. D'après Story, les meubles sont toujours soumis à la loi du domicile actuel, d'où il suit qu'un changement de domicile influe nécessairement sur leur condition juridique (281).

Le contrat de mariage n'est donc pas atteint par le changement de nationalité des époux, ni par le fait qu'ils ont quitté le domicile conformément à la loi duquel leur régime matrimonial avait été fixé en vertu d'une convention expresse ou tacite. On applique toujours les règles relatives aux contrats. Mais il ne faut pas confondre l'immutabilité des conventions matrimoniales, avec la prohibition de modifier les conséquences pécuniaires qu'elles entraînent : c'est ce que fait très bien ressortir le jugement du Tribunal d'Empire dont nous venons de parler. Le contrat de mariage constatait que la femme apportait en dot 5,000 thalers. Postérieurement, elle fit avec l'autorisation de son mari, donation à son père d'une somme égale. Le Tribunal décida que, bien que les époux fussent mariés sous le régime du Code civil français, il n'y avait point lieu d'appliquer l'art. 1395 de ce Code : si cet article défend de modifier les clauses du contrat, il ne saurait avoir pour effet de frapper d'inaliénabilité entre les mains des époux les sommes et les biens qui constituent leurs apports.

(280) Trib. de l'Empire, 1^{er} juillet 1881 : Clunet, IX, 1882, p. 338.

(281) Laurent : op. cit., III, § 299 et V, § 210.

Quand le mariage sera dissous par la mort des époux, on procédera au partage suivant les règles tacitement ou expressément adoptées par les parties. C'est, en effet, à ce moment surtout que le régime matrimonial est appelé à produire ses principaux effets et que la volonté des parties doit recevoir son exécution pleine et entière. Même solution pour le cas où un divorce légalement prononcé à l'étranger a mis fin à l'union conjugale, en vue de laquelle les parties ont adopté un régime. Nous n'avons pas besoin de dire que jamais les tribunaux de France ne pourraient être appelés à prononcer eux-mêmes le divorce entre deux époux étrangers : la loi française a vu dans le divorce une atteinte à la constitution de la famille, elle s'est décidée à le prohiber, d'après des considérations de moralité et d'ordre public, qui donnent à ses dispositions un caractère réel et obligatoire. Que faut-il dire de la séparation de biens et de la séparation de corps ? Pour la séparation de corps prononcée à l'étranger, elle entraînera en France séparation de biens ; les époux étrangers s'en prévaudront en France comme de tout jugement rendu relativement à leur état et à leur capacité. Supposons qu'il s'agisse d'une demande portée par deux étrangers devant un tribunal français. Si l'on admet qu'en cette matière nos tribunaux sont compétents, opinion que nous partageons, ils ne pourront fonder la séparation de corps que sur l'une des causes admises par la loi nationale des conjoints, pourvu que cette cause soit admise par le Code civil français. En ce cas, la séparation de biens suivra accessoirement la séparation de corps principale et donnera ouverture à la liquidation des droits des époux.

Beaucoup d'auteurs déclarent le juge français incompetent en ce qui touche l'action en séparation de corps née entre deux étrangers sous prétexte qu'il s'agit de questions d'Etat et de capacité et que ces questions échappent à l'appréciation de nos tribunaux : la jurisprudence adoptant cette théorie la corrige et déclare l'incompétence simplement relative. Ces considérations ne sauraient prévaloir quand il s'agit seulement d'une sépara-

tion de biens principale. Il s'agit alors de contestation relative seulement aux intérêts pécuniaires des époux, et, comme l'a très bien dit la Cour de Paris (282) dans un arrêt ancien, les tribunaux français ont le pouvoir de juger définitivement entre les étrangers toute contestation relative à des intérêts pécuniaires. En cette matière, nous appliquerons le système des conventions matrimoniales expresses et tacites. On comprend fort bien que la femme, en se mariant, se soit réservé de faire enlever au mari un droit d'administration dont il faisait mauvais usage, comme elle se réservait de renoncer à une communauté mauvaise. Elle s'en est, pour ces cas divers, référée à la loi du régime adopté, le mari s'y est soumis : l'application de cette loi se fera donc du consentement des deux époux. Ajoutons, en ce qui touche les causes de la séparation de biens, que les conflits seront rares dans la matière dont nous nous occupons, parce que toutes les législations prévoient et admettent à peu près les mêmes causes de séparation de biens, qui toutes se rattachent à un seul fait, désordre des affaires du mari compromettant gravement la dot et les reprises de la femme.

Nous ne saurions insister davantage sur ces diverses questions qui touchent à la compétence plus qu'au régime des biens entre époux. Il n'est pas possible non plus de terminer notre étude sans dire un mot de l'hypothèque légale des femmes mariées, question qui divise la jurisprudence et la doctrine. La majorité des auteurs refuse à la femme étrangère toute hypothèque légale sur les immeubles que son mari possède en France. Si l'hypothèque est de droit des gens et peut être accordée à un étranger sur des immeubles français, il n'en est pas de même de l'hypothèque légale qui est une création artificielle de la loi. Cela est si vrai qu'en bien des pays, en Scandinavie, en Hollande, en

(282) Paris, 30 mai 1826 : Devilleneuve-Carette (collection nouvelle), VIII, 2, 238.

Autriche, en Russie, la femme n'a pas d'hypothèque légale : nous sommes donc en face d'une faculté de droit civil pur dont l'accès doit être réservé aux seules femmes françaises (283). La jurisprudence a, par de nombreuses décisions, consacré ce système. Dans une autre doctrine, on donne toujours l'hypothèque légale à la femme mariée parce que, dit-on, cette hypothèque se rattache au statut réel et s'applique à tous les immeubles situés dans le territoire. Donc les immeubles possédés en France par le mari y seront soumis. Mais c'est là encore une théorie trop absolue en sens inverse. La loi, en créant l'hypothèque légale de la femme, a eu vue de garantir les intérêts pécuniaires de la femme : c'est une garantie qu'elle lui offre, mais qu'elle ne lui impose pas. Si sa loi personnelle ne lui attribue pas, comment la *lex situs* pourrait-elle la traiter plus favorablement ? La femme ne pourra donc réclamer l'hypothèque légale que si la loi nationale lui donne ce droit. Il faudra de plus que la loi de la situation admette l'hypothèque légale ; sinon, la femme étrangère ne pourrait prétendre à des garanties plus considérables que celles qui sont accordées aux nationaux, et elle devra se conformer aux formes prescrites par la loi locale à l'exercice de l'hypothèque. Nous nous rallions à ce système qui a été brillamment défendu par MM. Valette et Demangeat (284).

(283) Massé : *Droit commercial*, II, 827 ; Fœlix : *Revue étrang. et fr.* 1842, p. 25 ; Demolombe : I, § 88 ; Aubry et Rau : I, § 78, p. 304 ; Demante et Colmet de Santerre : *Cours analytique*, IX, § 81 bis, II.

(284) Demangeat : *Condition des étr.*, n° 82, p. 380 ; Valette : *Des hypothèques*, II, 139 ; Laurent : *op. cit.*, VII, §§ 395 à 398.

APPENDICE

LÉGISLATION ANGLAISE.

Dans notre étude sur le droit anglais, nous disions qu'en 1870 les Chambres anglaises n'avaient pas voulu aller jusqu'à l'émancipation absolue de la femme, théorie consacrée par les lois de plusieurs des Etats-Unis d'Amérique. En 1880, même opposition. En 1882 (1), un *bill*, dont nous n'avons eu connaissance qu'après l'impression complète de notre travail, a établi une codification en cette matière où le *bill* de 1870 n'avait opéré que par décisions d'espèces. Nous résumons d'après M. Barclay les principales dispositions du *bill* de 1882 :

1° La femme est reconnue capable d'acquérir et de disposer par testament ou autrement de toute espèce de biens ;

2° La femme peut s'engager sur ses biens séparés par contrat comme si elle était femme seule ; et, si elle exerce un commerce séparé, elle pourra être déclarée en faillite ;

3° Elle peut ester en justice sans le concours de son mari : elle peut même actionner ce dernier *ex contractu* ;

4° Elle répond sur ses biens séparés de ses dettes antérieures au mariage : le mari n'en répond que subsidiairement sur les biens qui peuvent lui provenir de sa femme ;

5° Enfin elle peut contracter avec son mari, et les valeurs qu'elle lui remet sont traitées comme appartenant au mari.

(1) *Bulletin de la Soc. de lég. comp.* de juin 1883, XIV, p. 443 et ss. — Notice de M. Barclay sur le *bill* intitulé : *An act to consolidate and amend the acts relating to the Property of Married Women.*

Telles sont les dispositions principales du *bill* de 1882. Les droits et les obligations reconnues par le *bill* de 1870, au profit ou à la charge de la femme subsistent. Il en est ainsi pour les assurances sur la vie, les placements dans des banques et sociétés financières ; de même encore quant à l'obligation imposée à la femme d'entretenir son mari indigent, leurs enfants et leurs petits-enfants, si le mari ne peut pourvoir à ces dépenses.

Ce *bill* achève donc les réformes commencées par la loi de 1870, en consacrant ce que M. Barclay appelle fort bien l'émancipation contractuelle de la femme. Il abolit les actes antérieurs de 1870 et 1874, dont il s'approprié toutes les dispositions.



POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Sur le *jussus judicis*, le défendeur à l'action à revendication peut être forcé de restituer même *manu militari*.

II. — Le demandeur en revendication peut au moyen d'une *præscriptio* déclarer qu'il agit en vertu d'une cause déterminée et se réserver d'agir ultérieurement en vertu d'autres causes.

III. — La *litis contestatio* n'avait pas pour effet de faire courir les intérêts.

IV. — L'*in integrum restitutio* accordée à un mineur de vingt-cinq ans ne profite pas au fidéjusseur qui a cautionné sa dette.

V. — La *gentilitas* repose essentiellement sur la parenté du sang.

VI. — D'après la *Novelle CXVIII*, si le défunt laisse des ascendants et des neveux issus de frères et sœurs prédécédés, ces neveux viennent à sa succession par droit de représentation.

DROIT COUTUMIER

L'origine de la communauté de biens entre époux est essentiellement germanique.

DROIT CIVIL ET DROIT INTERNATIONAL.

I. — La femme, lors de la dissolution de la communauté, n'exerce ses reprises qu'à titre de créancière.

II. — Aux termes de l'article 1396, ne sont pas parties au contrat les ascendants de l'époux majeur, dont ce dernier doit prendre le consentement pour son mariage, si ces ascendants

n'ont fait d'ailleurs aucune promesse, donation ou renonciation au contrat de mariage.

III. — La femme séparée de biens peut aliéner librement son mobilier en dehors de tout besoin d'administration.

IV. — Elle pourra procéder seule au partage d'une succession mobilière.

V. — La règle *Locus regit actum* s'applique au contrat de mariage en ce qui touche la nécessité de l'authenticité et la forme de l'acte authentique.

VI. — Elle est simplement facultative quand les deux époux étrangers au lieu du contrat sont de même nationalité.

VII. — En l'absence de contrat, la question de savoir quel régime les époux ont voulu adopter est une question d'intention pour laquelle on ne saurait établir aucune présomption.

VIII. — La femme ne peut prétendre à se prévaloir de l'hypothèque légale sur les biens de son mari que si ce droit lui est reconnu par sa loi nationale et par la loi de la situation des biens du mari.

PROCÉDURE CIVILE.

Avant de donner force exécutoire aux jugements et actes intervenus à l'étranger, les tribunaux français n'ont à réviser le jugement que si la partie condamnée est un sujet du gouvernement français.

DROIT COMMERCIAL.

I. — La revendication établie à l'article 575 du Code de commerce est une revendication de la retention.

III. — L'inscription au compte-courant n'arrête la revendication du consignateur ou du déposant que si elle compense une dette entre le consignataire et le tiers acquéreur.

DROIT CRIMINEL.

I. — Les circonstances aggravantes personnelles à l'auteur ne doivent pas influencer sur la condamnation du complice.

II. — On ne peut condamner le complice sans avoir reconnu contradictoirement avec lui non seulement la matérialité mais encore la criminalité du fait principal.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Les baux relatifs aux biens de l'Etat, quoiqu'ils ne soient pas passés devant notaires, peuvent contenir des stipulations d'hypothèque.

II. — Lorsqu'un acte sous seing privé est soumis à la formalité de l'enregistrement, la clause portant que les droits seront à la charge de celle des parties qui donnera lieu à la formalité ne doit pas être regardée comme illicite.

DROIT DES GENS.

Une nation ne peut pas, sans perdre la qualité de neutre, autoriser l'un des belligérants à faire des levées d'hommes sur son territoire.

VU PAR LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

Nancy, le 23 mai 1883,

A. LOMBARD.

VU PAR LE DOYEN,

Nancy, le 23 mai 1883.

E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 23 mai 1883.

LE RECTEUR,

E. MOURIN.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Développement historique de la Vocation héréditaire

	Pages.
Introduction.	5

PREMIÈRE PARTIE.

Principes généraux.	9
CHAPITRE I ^{er} . — La Succession <i>ab intestat</i> selon la loi des XII Tables.	15
SECTION I. — Des Sui.	23
SECTION II. — Des Agnats.	32
SECTION III. — Des Gentiles.	44
CHAPITRE II. — La Succession <i>ab intestat</i> selon le droit prétorien.	52
SECTION I. — <i>Bonorum possessio unde liberi</i>	59
SECTION II. — <i>Bonorum possessio unde legitimi</i>	62
SECTION II. — <i>Bonorum possessio unde cognati</i>	63
SECTION III. — <i>Bonorum possessio unde vir et uxor</i>	67
CHAPITRE III. — La Succession <i>ab intestat</i> d'après les constitutions impériales.	71
SECTION I. — Sénatus-consulte Tertullien.	73
SECTION II. — Sénatus-consulte Orphitien.	79
SECTION III. — Constitutions postérieures.	81

DEUXIÈME PARTIE.

Novelle CXVIII.

CHAPITRE I ^{er} . — Principes de la réforme de Justinien, ...	93
CHAPITRE II. — Des divers ordres d'héritiers.	102
SECTION I. — Des Descendants.	102
SECTION II. — Des Ascendants et Collatéraux privilégiés.	115
SECTION III. — Des Frères et Sœurs unilatéraux.	130
SECTION IV. — Des Collatéraux ordinaires.	133
CHAPITRE III. — Observations générales et de la <i>Successio graduum</i> et <i>ordinum</i>	138

DROIT FRANÇAIS

Le Contrat de mariage en droit comparé et en droit international

	Pages.
Introduction.	1

PREMIÈRE PARTIE.

Droit comparé.

Aperçu sommaire sur le droit civil des nations d'Europe et d'Amérique.	11
CHAPITRE I ^{er} . — Pays où domine l'élément romain.	21
I. — Italie.	21
II. — Espagne.	41
III. — Portugal	60
IV. — Etats latins d'Amérique.	67
V. — Grèce.	69
CHAPITRE II. — Pays où domine l'élément germanique.	74
I. — Scandinavie.	74
1 ^o Islande, Danemark, Norvège.	81
2 ^o Suède	85
II. — Hollande.	91
CHAPITRE III. — Pays où l'élément romain et l'élément germanique se sont fusionnés.	95
I. — Allemagne	95
II. — Autriche	118
III. — Suisse	121
IV. — Principauté de Monaco.	129
V. — France	130
VI. — Belgique	140
CHAPITRE IV. — Droit anglo-américain.	143
I. — Grande-Bretagne.	143
II. — Etats-Unis de l'Amérique du Nord.	156

CHAPITRE V. — Droit russe.	160
1 ^o Russie.	160
2 ^o Pologne	164
3 ^o Provinces Baltiques	168
4 ^o Grand duché de Finlande.	170

SECONDE PARTIE.

Droit international.

Sources des conflits de législation possibles en notre matière. .	17
Des principes applicables en droit international suivant qu'il s'agit des personnes, des choses ou des actes.	3 174
Division du travail	177
CHAPITRE I ^{er} . — De la capacité requise pour passer un contrat de mariage.	178
La loi nationale du futur époux majeur ou mineur	178
A quel statut se rapporte l'obligation imposée aux époux de rédiger leur contrat avant la célébration du mariage . . .	180
Même question sur les articles 1387, 1388 et 1389 du Code civil.	189
CHAPITRE II. — Des formes à observer dans la rédaction du contrat de mariage.	192
La règle <i>Locus regit actum</i> est-elle applicable.	192
En ce qui touche les formes de l'authenticité.	194
En ce qui touche l'obligation de recourir à l'authenticité . . .	194
La règle <i>Locus...</i> est-elle impérative ou facultative	205
La règle <i>Locus...</i> s'étend-elle aux dispositions des articles 171 du C. civil et 67 du C. de commerce.	207
CHAPITRE III. — Du régime matrimonial adopté par les époux. . .	210
Effet en pays étranger du régime adopté par les époux.	212
Historique de la question: <i>la famosissima quæstio</i>	213
Droit moderne. — A. Doctrine et jurisprudence anglo-américaines: distinction entre les meubles et les immeubles	220
B. Système du statut personnel.	224
Théorie allemande de la loi du domicile du mari.	226
Théorie italienne de la loi nationale du mari.	229
C. Système de la liberté et des conventions tacites.	230
I. — Cas où un contrat de mariage a été rédigé.	234
Du régime dotal, du régime légal obligatoire, de la prohibition d'adopter un certain régime	236

II. — Cas où aucun contrat n'a été rédigé.	238
Jurisprudence française : elle applique en théorie la doctrine du domicile matrimonial, en fait la théorie des conventions tacites.	239
Application du système aux divers régimes matrimoniaux. . .	243
Du douaire.	245
Du changement de nationalité des époux.	247
Des causes qui mettent fin au régime adopté.	249
De l'hypothèque légale de la femme mariée.	250

